

PRÉSENTATION DES AUTEURS

Antoine Bailleux est professeur à l'Université Saint-Louis - Bruxelles et maître de conférences invité à Sciences Po (Paris). Avocat au barreau de Bruxelles, il exerce en qualité d'*of counsel* au sein du cabinet Van Bael & Bellis. Il est également le rédacteur en chef de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques - Droit en contexte* et le responsable des formations *Europa Plus* au sein de l'Institut d'Études européennes de l'Université Saint-Louis.

Jean-François Bellis est avocat au barreau de Bruxelles et professeur à l'Institut d'études européennes de l'Université Libre de Bruxelles (ULB) où il enseigne le droit européen de la concurrence. Il est l'auteur de nombreuses publications en matière de droit de la concurrence et de la réglementation du commerce international.

Didier Blanc est maître de conférences à l'Université de Perpignan *Via Domitia*. Directeur adjoint de l'équipe de recherche du Centre d'études et de recherches sur les transformations de l'action publique (CDED-CERTAP EA 4216), il est l'auteur d'ouvrages et de nombreuses contributions scientifiques consacrées au droit institutionnel de l'Union européenne et au contentieux de l'Union. Il contribue aux Grands arrêts du droit de l'Union européenne.

Claude Blumann est Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), dont il a été Vice-Président de 2001 à 2005. Co-directeur du centre de droit européen (CDE) de Paris II et président honoraire de la CEDECE, il est spécialisé en droit de l'Union européenne. Il est l'auteur de nombreuses publications et de plusieurs ouvrages de référence en droit de l'Union (notamment *Droit matériel de l'Union européenne*, avec L. Dubouis, Précis Domat ; *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec). Co-directeur de l'Annuaire de droit européen, il est également chargé de la matière « marché intérieur » dans le cadre de la troisième édition du Commentaire Mégret (Droit de l'Union). Docteur *honoris causa* de l'Université de Bochum (Allemagne), il a notamment été Professeur invité à l'Université Ferrare (Italie) et à l'Université de Gand (Belgique).

David Bosco est agrégé des facultés de droit et professeur à l'Université d'Aix-Marseille où il enseigne, en particulier, le droit européen de la concurrence. Il est l'auteur, notamment, de l'ouvrage *L'obligation d'exclusivité*

(Bruylant 2008) et *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante* (avec C. Prieto, Bruylant, 2013). Il co-dirige le pôle Concurrence du réseau Trans Europe Experts. Quelques-unes de ses publications sont disponibles sur <www.ssrn.com> sous la référence 1791770.

Maja Brkan est diplômée en droit de la Faculté de droit de l'Université de Ljubljana (Slovénie) *cum laude* en 2003. Elle a ensuite obtenu en 2004 un Master en droit (LL.M.) de la New York University School of Law et, en 2007, un doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Ljubljana. Elle est également titulaire de Diplôme de l'Académie de droit européen de l'Institut universitaire européen à Florence. Elle a ensuite été référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne, tout d'abord au sein du cabinet de Mme l'avocat général V. Trstenjak (2007 à 2011), puis au sein du cabinet de M. le juge M. Ilešič (2011 à 2013). Depuis octobre 2013, elle est maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université de Maastricht (Pays-Bas) où elle poursuit ses recherches en droit de l'Union européenne. Auteur de deux monographies, elle a également rédigé de nombreux articles en droit de l'Union européenne.

Marianne Dony est professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles, chaire Jean Monnet de Droit de l'Union européenne. Elle est également présidente de l'Institut d'études européennes de cette université et membre de l'académie royale de Belgique, classe des Lettres, sciences morales et politiques.

Hervé Expert est diplômé en droit et en sciences politiques des universités de Poitiers et de Paris II ; ancien chargé d'enseignement à l'Institut d'études politiques de Bordeaux (Centre de préparation à l'administration générale) et à l'Institut d'études politiques de Toulouse ; Premier conseiller des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel français ; référendaire au Tribunal de l'Union européenne au sein du cabinet du président de cette juridiction, depuis septembre 2010.

Valérie Giacobbo-Peyronnel, juriste de formation française, a exercé en tant qu'avocat au barreau de Paris spécialisée en droit et contentieux de l'Union européenne et en droit de la concurrence (2003-2007). Elle a été administrateur à la direction de la recherche et documentation de la Cour de justice de l'Union européenne (2007-2011). Auteur de diverses publications, principalement en droit de la concurrence, elle est actuellement référendaire au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne.

José A. Gutiérrez-Fons est diplômé en droit de l'Universidad Autónoma de Madrid (Espagne), et est titulaire d'un LL.M. du Collège d'Europe (Bruges, Belgique), ainsi que d'un PhD (Queen Mary College, University of London,

Royaume-Uni). Référendaire près le cabinet du vice-président de la Cour de justice depuis 2009, il a enseigné le droit de l'Union européenne à l'Université de Londres et à l'Université de Madrid, et est l'auteur de diverses publications, notamment en droit constitutionnel de l'Union européenne.

Anne Jussiaux, avocat au barreau de Paris, est collaboratrice au sein du cabinet Bredin Prat AARPI depuis 2011. Diplômée de Sciences-Po Paris, des universités de Paris II et de Strasbourg en droit de l'Union européenne, elle a déjà eu l'occasion d'exercer au sein de cabinets tant à Bruxelles qu'à Paris. Elle travaille principalement sur des dossiers de contentieux français et européens (ententes, abus de position dominante, etc.) et de concentrations, tant au niveau français qu'européen, en particulier pour des clients actifs dans les secteurs régulés (énergie, télécoms).

Vincent Kronenberger est docteur en droit public (Toulouse, France), référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne et professeur assistant associé à l'Université de Luxembourg, où il enseigne le contentieux des accords internationaux de l'Union européenne. Avant de rejoindre la Cour de justice en 2003 en tant que référendaire au Tribunal, il a été chercheur à l'Université d'Helsinki (Finlande), administrateur à la Commission européenne (Bruxelles), chercheur-enseignant en droit européen au T.M.C. Asser Instituut (La Haye, Pays-Bas) ainsi qu'administrateur à l'EFTA Surveillance Authority (Bruxelles). Il a coordonné plusieurs ouvrages concernant notamment les rapports entre le droit international et le droit de l'Union européenne et a publié depuis 1994 de nombreux articles et notes de jurisprudence portant sur le droit matériel et procédural de l'Union européenne. Il a récemment participé à la coordination des *Mélanges en l'honneur de l'avocat général Paolo Mengozzi, De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins* (Bruylant, 2013).

Flavien Mariatte est fonctionnaire de l'Union européenne, administrateur au sein du département d'informatique juridique à la Direction générale de la Bibliothèque, Recherche et Documentation de la Cour, actuellement en détachement en qualité de référendaire dans le cabinet de l'avocat général P. Cruz Villalón. Diplômé de l'Institut d'études politique et de la Faculté de droit de Strasbourg, il est le co-auteur de deux manuels consacrés au contentieux du droit de l'Union publiés (Lamy Axe Droit). Il est également l'auteur de plusieurs articles et de nombreux commentaires publiés dans la Revue Europe.

Tristan Materne est licencié en droit de l'Université catholique de Louvain, et a poursuivi ses études par un diplôme d'études spécialisées en Affaires européennes (Institut d'études européennes de Louvain et Université de Firenze),

et par un diplôme d'études spécialisées en Analyse interdisciplinaire de la construction européenne (Facultés universitaires Saint-Louis). Il est actuellement attaché au Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement, où il exerce depuis octobre 2007 la fonction d'agent du gouvernement belge auprès de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour de l'Association européenne de libre-échange. Il a ainsi eu l'occasion d'intervenir dans plus d'une centaine d'affaires. Il a publié un ouvrage sur la procédure en manquement d'État, et divers articles en contentieux du droit de l'Union.

Caroline Naômé est titulaire d'une licence en droit (U.Lg.), d'une licence spéciale en droit économique (U.Lg.) et d'un MBA (Open University). Elle est fonctionnaire de la Cour de justice de l'Union européenne depuis 1987, où elle exerce depuis 2002 les fonctions de référendaire de M. le juge A. Rosas, après avoir été successivement administrateur principal à la Division de la recherche et de la documentation (1987-1993), référendaire de M. l'avocat général W. van Gerven (1994) et de M. le juge L. Sevón (1995-2001). Elle est également avocat honoraire au barreau de Liège. Elle a écrit notamment « Le renvoi préjudiciel en droit européen – Guide pratique » (Larcier, Bruxelles, 2^e éd, 2010, 377 p.) ainsi que divers articles relatifs à la procédure devant la Cour de justice.

Eleftheria Neframi est professeur à la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg depuis juin 2012. Titulaire d'une Chaire Jean Monnet, elle enseigne le droit de l'Union européenne au sein des différentes formations de la Faculté. Ayant obtenu une maîtrise en droit de l'Université nationale et capodistrienne d'Athènes, un DEA en droit communautaire de l'Université Paris 2, Panthéon-Assas et un DEA en droit international économique de l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Eleftheria Neframi est docteur en droit public de l'Université Paris 2, Panthéon-Assas. Elle est professeur agrégé des Facultés de Droit en France depuis septembre 2004 et a été nommée professeur à l'Université Paris 13, PRES Sorbonne Paris Cité (2004-2012). Eleftheria Neframi a également enseigné le droit européen en tant que professeur à l'Université catholique de Louvain (2009-2011), à l'Université Paris 2, Panthéon-Assas (2011), à l'Université nationale et capodistrienne d'Athènes (2008-2013) et à l'Université Chuo de Tokyo (2005). Elle est membre nommé du Conseil national des Universités (France) depuis 2009 et auteur de nombreuses publications en droit de l'Union européenne.

Marc Pittie, avocat aux barreaux de Bruxelles et Paris, est associé du cabinet Bredin Prat AARPI, en charge du bureau de Bruxelles. Détenteur d'une licence en droit et d'une licence en sciences économiques appliquées

décernées par l'Université catholique de Louvain, il a notamment été référendaire au Tribunal de première instance des Communautés européennes de 1995 à 1999, au sein du cabinet de Mr le Juge Koen Lenaerts. Il agit pour le compte de ses clients devant les institutions européennes, en ce compris les juridictions de l'Union européenne.

Corentin Poulet est titulaire d'une licence en droit de l'Université catholique de Louvain et d'un diplôme d'études approfondies interuniversitaire en droit de la propriété intellectuelle et technologies des Université de Liège et de Leicester, chargé de cours associé à l'Université de Luxembourg, référendaire au Tribunal de l'Union européenne au sein du cabinet du président de cette juridiction, depuis octobre 2008.

Vivien Terrien est référendaire auprès du Président du Tribunal de l'Union européenne. Avant de rejoindre la Cour, il était inscrit aux barreaux de Paris et New York et exerçait en tant qu'avocat à Paris au sein du cabinet Linklaters puis à Bruxelles au sein du cabinet WilmerHale. Il intervient dans le cadre du Master 2 Droit des procédures transfrontières à l'Université de Lorraine ainsi que dans de nombreux séminaires organisés par l'Académie de droit européen (ERA) et la Délégation des barreaux de France à Bruxelles. Il publie régulièrement en droit de la concurrence et en droit institutionnel et procédural européen. Il est diplômé de la Harvard Law School, du Collège d'Europe et des facultés de droit de Paris II Panthéon-Assas et de Nantes.

Alexandre Thillier est Docteur en droit de l'Université de Rennes 1 (France), où il a soutenu en 2002 une thèse relative à l'antidumping communautaire. Il a été allocataire d'enseignement et de recherche auprès de l'Université de Rennes 1 (1995-1998), avant de rejoindre le cabinet d'avocats Gide Loyrette Nouel à Bruxelles où il a pratiqué le droit du commerce international de 1998 à 2004. Il est référendaire au Tribunal de l'Union européenne depuis 2004. Il est également membre associé du Centre d'excellence Jean Monnet de Rennes et du Centre de recherches européennes (CEDRE/IODE UMR CNRS 6262) de l'Université de Rennes 1, et chargé d'enseignement auprès des Universités de Rennes 1, Paris II et Strasbourg.

Georges Vallindas est Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne. Docteur en Droit de la Faculté de droit d'Aix en Provence, sa thèse de doctorat « Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations » (Bruylant, 2009, 561 p.) a reçu le prix de droit européen d'Aix Marseille Université. Après la Maîtrise en droit international et européen, il a obtenu à la suite de son DEA en droit de l'UE une allocation de recherche et il a occupé

les postes de Moniteur de l'enseignement supérieur puis d'Attaché d'enseignement et de recherche à la Faculté de droit d'Aix. Il a enseigné le contentieux communautaire, le droit institutionnel et matériel de l'Union, le droit public économique et la protection constitutionnelle, conventionnelle et européenne des droits fondamentaux. Il a travaillé, à partir de juin 2008, en tant que référendaire au Tribunal de l'Union européenne près M. le juge Soldevila Fragoso, avant de rejoindre, en septembre 2013, la Cour de justice près M. le Juge Rodin.

Jonathan Wildemeersch est diplômé en droit de l'Université de Liège (Belgique). Il est également titulaire d'un D.E.A. en droit européen [Université de Liège et Université autonome de Barcelone (UAB), Espagne]. Avocat de 2003 à 2012, il fut en parallèle assistant en droit public, puis en droit institutionnel et du contentieux européens. Maître de conférences à l'Université de Liège depuis 2006, il enseigne le cours d'études de cas pratiques en droit institutionnel européen. Il est actuellement référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne au sein du cabinet de l'avocat général Melchior Wathelet. Ses publications portent principalement sur le droit institutionnel européen, le contentieux européen, le droit des assurances et de la responsabilité, et la déontologie des avocats.

PRÉFACE

Le contentieux de l'Union, qui fait l'objet de cet ouvrage collectif, est une matière d'une importance capitale dans le contexte de la construction européenne. En effet, c'est par le biais des différents mécanismes procéduraux permettant aux justiciables d'accéder à la justice que l'affirmation de la Cour de justice dans sa jurisprudence, reprise désormais à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, selon laquelle l'Union est fondée sur le droit, prend forme et devient une réalité tangible. Par ailleurs, il s'agit d'une matière qui, loin d'être immuable, est en devenir permanent, le contentieux devant être adapté, que ce soit par des interventions du législateur de l'Union ou par l'évolution graduelle de la jurisprudence des juridictions de l'Union, pour faire face aux nouveaux défis qui se présentent. Le présent ouvrage reflète ce caractère évolutif du contentieux dans la mesure où l'approche suivie, pour chaque contribution, est d'examiner plus particulièrement des questions nouvelles et d'actualité qui se posent dans le cadre du thème analysé, plutôt que de présenter les sujets traités d'une manière qui se voudrait exhaustive.

L'ouvrage se divise en trois parties. La première est consacrée à l'organisation des juridictions de l'Union et à la procédure. Elle combine des contributions consacrées tant aux changements législatifs intervenus au cours des dernières années qu'à des aspects spécifiques de la procédure applicable devant les juridictions de l'Union. La deuxième partie, constituant le cœur de l'ouvrage, porte sur différentes questions spécifiques concernant le contentieux de l'annulation qui est le principal mécanisme par lequel le droit de l'Union protège les sujets de droit contre d'éventuelles illégalités commises à leur égard par les institutions, organes et organismes de l'Union. Enfin, une troisième partie traitant des autres contentieux et des voies de recours particulières contient des contributions sur des sujets aussi variés que le référé, le renvoi préjudiciel et le contentieux des clauses compromissaires, entre autres, permettant ainsi au lecteur d'acquérir une vue d'ensemble des derniers développements en matière de contentieux de l'Union.

Cet ensemble de contributions très diverses est d'une grande utilité, non seulement d'un point de vue pratique, mais aussi en ce qu'il alimente les débats qui se poursuivent, aussi bien au niveau de la doctrine qu'à celui des institutions de l'Union elles-mêmes, sur le traitement optimal des affaires relevant des différentes voies de recours, ainsi que sur l'organisation du système juridictionnel de

l'Union en tant que tel, face à une charge de travail qui ne cesse de croître. Je félicite les auteurs de l'excellent travail scientifique que représente cet ouvrage et le recommande chaleureusement à tout juriste, qu'il soit étudiant, avocat, enseignant ou magistrat, qui souhaite s'informer de l'évolution récente de cette matière désormais incontournable qu'est le contentieux de l'Union européenne.

Koen Lenaerts
Vice-Président de la Cour de justice de l'Union européenne
Luxembourg, décembre 2013

CHAPITRE 1. L'ORGANISATION DES JURIDICTIONS DE L'UNION AU LENDEMAIN DU TRAITÉ DE LISBONNE

Claude BLUMANN¹

Introduction

À une époque de grande désillusion sur l'Europe, ses institutions, son droit, ses missions, voire sa raison d'être, il est bon de savoir que la Cour de justice tient bon contre vents et marées (contraires) pour préserver l'idéal européen. Alors que la presse et les eurosceptiques ne cessent d'évoquer le déficit démocratique, le déficit de transparence, le déficit en matière de droits fondamentaux et même le déficit judiciaire pour les quelques connaisseurs du contentieux européen, la Cour de justice demeure le môle sur lequel il est encore possible de s'adosser pour nourrir quelque espoir. Cet espoir si complexe et fragile en même temps qui est celui de concilier les avancées de la construction européenne, et la volonté de préservation des identités, pour ne pas dire des souverainetés nationales. C'est en réalité la tâche à laquelle est assignée la Cour de justice depuis sa naissance. Organe supranational au même titre que la Commission ou le Parlement européen, elle a la chance de ne pas avoir à incarner une quelconque légitimité, démocratique ou intégrative pour les deux institutions susmentionnées, si ce n'est celle, mais ô combien importante aujourd'hui, de faire respecter le droit dans le système général de l'Union européenne.

Sa création par les pères fondateurs dans les années cinquante avait certes pour objet de montrer que la construction européenne obéissait aux principes de l'État de droit, mais aussi de marquer la différence, pour ne pas dire le fossé, existant avec le droit international général où la juridiction ne remplit qu'un rôle limité et reste subordonnée au bon vouloir des États. Face au déclin relatif de la Commission, empêtrée dans ses contradictions ontologiques, et aux

¹ Professeur émérite Dr.h.c. de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), chaire Jean Monnet de droit européen. Les commentaires relatifs à la présente contribution peuvent être communiqués à l'adresse claudio.blumann@wanadoo.fr.

problèmes d'adolescence que le Parlement européen toujours en quête d'identité et de renforcement de ses pouvoirs continue à traverser, la Cour de justice donne l'exemple d'une institution sereine, assurée de ses missions et renforcée par la montée en puissance de la judiciarisation du droit de l'Union, elle-même servie par les exigences de la protection juridictionnelle effective.

Tout cela peut expliquer que la Cour de justice ait pu et su traverser le temps ainsi que les révisions successives et de plus en plus rapprochées des traités constitutifs sans subir de modifications majeures, si ce n'est celles générées par l'élargissement constant de l'Union européenne et l'extension tout aussi régulière de ses compétences. D'où notamment la création du Tribunal de première instance et celle du Tribunal de la fonction publique. En revanche les grandes lignes de l'institution tant sur le plan de ses structures que de ses compétences sont restées inchangées. C'est au compte-goutte que des réformes ont été adoptées, telle celle des voies d'exécution dans le cadre du recours en manquement étatique par le Traité de Maastricht² ou celle résultant de la communautarisation partielle de l'ex-troisième pilier par le Traité d'Amsterdam³ ou encore celle résultant du Traité de Nice plus ambitieuse dans la mesure où elle touche aux compétences de la Cour comme celle en matière de question préjudicielle⁴, même si à ce jour la réforme préconisée n'a pas encore connu un début de mise en œuvre.

Le Traité de Lisbonne ne change rien à cet usage bien établi⁵. Les modifications paraissent très minimes et se ramènent pour la plupart à des codifications ou des améliorations techniques. Il y a d'ailleurs là le signe que la juridiction de l'Union fonctionne bien et que les États membres, qui parfois s'irritent de telle ou telle décision de la Cour, au total se satisfont du travail accompli. C'est par exemple en ce sens qu'on peut interpréter la déclaration annexe n° 17 au Traité de Lisbonne relative à la primauté du droit de l'Union. On sait les réticences de nombreux États membres et de leurs juridictions suprêmes pour se rallier à un tel principe. Le Traité constitutionnel avait pourtant tenté de le consacrer

² Ex-article 228 CE, devenu 260 TFUE.

³ C. BLUMANN, *Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'Union européenne*, in *Mélanges P. Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 61 et s. ; H. LABAYLE, « La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures et la conférence intergouvernementale » *R.T.D.Eur.*, 1997, p. 1.

⁴ C. BLUMANN, « La réforme du renvoi préjudiciel ; un apport inattendu du traité de Nice », in *Mélanges en hommage à G. Isaac*, t. 2, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 821 et s.

⁵ Sur le Traité de Lisbonne et la CJUE, D. SIMON, « Le traité de Lisbonne et la juridiction communautaire », *Europe*, 2010, n° 1, focus, p. 3 ; D. RUIZ-COLOMER, « La Cour de justice de l'Union européenne après le traité de Lisbonne », *G.P.*, 2008, n°s 170-171, p. 23 ; S. VAN DER JEUGHT, « Le traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne », *J.D.E.*, 2009, p. 297 ; L. COUTRON, « La revalorisation du juge », in « Le traité modificatif : relance ou recul du projet européen », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, C. BLUMANN, H. GAUDIN et F. PICOD (dir.), *Annuaire de droit européen*, vol. IV, 2008, pp. 143 et s.

officiellement à son article I-6, alors même que son origine jurisprudentielle est indéniab⁶. Or ce n'est pas le moindre paradoxe que de voir cette déclaration n° 17 saluer en quelque sorte le travail de la Cour en soulignant le rôle qu'elle a joué dans la reconnaissance de la primauté⁷.

Dans ces conditions, les apports du Traité de Lisbonne eu égard à l'organisation de la juridiction de l'Union doivent être appréciés dans un contexte plus orienté vers la continuité que vers le changement. Ils n'en sont pas moins remarquables notamment par rapport à la philosophie de l'institution et sa place dans le système institutionnel global de l'Union. Une première évolution tient aux dénominations. Selon l'article 19 du TUE, la Cour de justice de l'Union européenne constitue l'ensemble formé de la Cour de justice *stricto sensu*, du Tribunal et des tribunaux spécialisés. Le Traité de Lisbonne reprend ainsi le triptyque qui résultait du Traité constitutionnel dans son article I-29⁸. Cette vision œcuménique de la juridiction de l'Union n'en comporte pas moins certaines équivoques du moins au niveau sémantique, car la confusion risque d'arriver assez vite entre Cour de justice et Cour de justice de l'Union européenne. Au demeurant le projet de Constitution issu des travaux de la convention sur l'avenir de l'Europe avait retenu la dénomination de Cour de justice pour désigner l'ensemble formé des trois entités constitutives. Comme l'avait fait remarquer un éminent juge de la Cour, l'expression Cour de justice pour qualifier la seule cour suprême reste imprécise, car cette Cour de justice est forcément celle de l'Union européenne.

Il en va de même de l'expression « Tribunal », substituée à celle de Tribunal de première instance, car ce dernier d'abord ne statue pas toujours en première instance, lorsqu'il s'agit en particulier de contentieux relevant des tribunaux spécialisés et, parce qu'il statue parfois aussi en dernière instance lorsqu'il connaît des recours contre les décisions de ces juridictions ou dans la mesure où il pourrait connaître de certaines questions préjudicielles (article 256, paragraphe 3, TFUE), sous réserve néanmoins de la procédure dite de réexamen, qui donne nécessairement le dernier mot à la Cour (article 256, paragraphes 2 et 3, TFUE). L'impossibilité de trouver une formule de remplacement⁹ oblige là

⁶ C.J., 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

⁷ Cette déclaration permettait aussi de voir dans la primauté un acquis communautaire insusceptible dès lors de faire l'objet dans certains États membres dont la France d'un contrôle de constitutionnalité.

⁸ F. PICOD, « Commentaire de l'article I-29 », in L. BURGORQUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe commentaire article par article*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 384 et s.

⁹ Le projet de Constitution issu des travaux de la convention employait l'expression « Tribunal de grande instance » ce qui en France ne pouvait pas ne pas susciter des confusions.

aussi de facto à ajouter « de l'Union européenne » pour indiquer de quelle juridiction il s'agit, ce qui laisse sur une impression d'insatisfaction.

Mais au-delà des questions de vocabulaire, le Traité de Lisbonne fait œuvre utile en dissociant les dispositions relatives à la Cour de justice de l'Union européenne entre les deux traités de base. La Cour figure dans le Traité sur l'Union, *de facto*, le plus éminent, à l'article 19 et l'essentiel des règles concrètes relatives à l'organisation de la Cour comme aux recours prend place dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux articles 251 à 281. Cette dichotomie, loin de compliquer la situation, présente l'important avantage de bien dissocier des dispositions proprement constitutionnelles, celles qui figurent dans le Traité sur l'Union (article 19) et qui figureraient aussi dans la première partie du Traité constitutionnel, la plus évidemment et indiscutablement constitutionnelle, de celles qui ont surtout un caractère technique et opérationnel. Dans ces conditions, on peut soutenir l'idée que le Traité de Lisbonne, d'une part, renforce les bases constitutionnelles de la juridiction de l'Union (partie I) et, d'autre part, met en place un certain nombre d'améliorations structurelles et institutionnelles qui permettront à la Cour de mieux remplir sa mission (partie II).

I. – Une juridiction renforcée dans ses bases constitutionnelles

Édifié sur la dépouille du défunt Traité constitutionnel, celui de Lisbonne, comme cela a été souvent dit et écrit, reprend nombre de ses dispositions, notamment celles relatives aux institutions de l'Union. L'article 19 TUE recopie ainsi sans aucun changement l'article I-29 du Traité constitutionnel. Celui-ci adopté en 2004, mais dont les travaux avaient commencé dès 2002 avec la convention sur l'avenir de l'Europe, bruissait encore de la controverse qui la même année avait opposé la Cour au Tribunal de première instance quant aux droits de recours en annulation des personnes physiques et morales¹⁰. Or ce n'est pas du tout par hasard que dans un article consacré à la juridiction de l'Union, un passage entier soit consacré au juge national (article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa). Le statut du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union se voit ainsi confirmé et pérennisé (B). La substance principale de l'article 19 est cependant dédiée au juge de l'Union stricto sensu. Celui-ci s'y trouve présenté sous ses traits essentiels tant sur le plan structurel que quant

¹⁰ Trib., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365 ; C.J., 25 juillet 2002, *Union de Pequeños agricultores/Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

à ses missions. Toutes les dispositions qui figurent là sont reprises ou développées dans le corps du Traité sur le fonctionnement de l'Union. C'est donc bien pour en souligner la fondamentale qu'elles ont été inscrites dans la partie la plus signifiante du Traité sur l'Union européenne (A).

A. *Une réitération des caractères fondamentaux de la Cour de justice de l'Union européenne*

1. Le Traité de Lisbonne à l'article 13 TUE dresse la liste des institutions de l'Union. Rien d'étonnant qu'y figure la Cour de justice aux côtés du traditionnel triangle politico-institutionnel et de la Cour des comptes promue à ce rang par le Traité de Maastricht. Il ajoute deux nouvelles institutions, le Conseil européen et la Banque centrale européenne. L'ordre de présentation est révélateur des différentes légitimités qui forment le soubassement de l'Union, avec en conséquence en tête le Parlement européen, représentant de la légitimité démocratique, puis le Conseil européen et le Conseil, représentant de la légitimité interétatique et la Commission, expression caractéristique de la légitimité dite intégrative. La Cour de justice arrive ensuite, dans sa fonction de garante du « respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». Une césure se manifeste ensuite par rapport aux deux institutions plus spécialisées, césure officialisée par le renvoi au second traité de tout ce qui concerne leur statut, leur organisation et leurs compétences (article 13, paragraphe 3, TUE). La Cour de justice de l'Union européenne se situe donc à égalité avec les quatre institutions politiques en ce sens que les règles les plus fondamentales de son statut, de son organisation et de ses compétences prennent place dans le Traité sur l'Union (article 19).

Si l'on poursuit cette analyse de la classification des institutions, on relève encore quelques traits intéressants et notamment la spécificité de la Cour de justice partagée avec la seule Banque centrale européenne, en ce que l'institution regroupe en réalité plusieurs organes (Cour de justice, Tribunal et tribunaux spécialisés pour la CJUE, et Conseil des gouverneurs, Directoire, et Président pour la BCE). On est en présence d'institutions « pluri-organiques » alors que pour toutes les autres la qualité d'institution se trouve concentrée sur une seule instance. Cela n'entraîne pas en soi *a priori* de conséquences juridiques précises. Pour le juge de l'Union, la qualité d'institution n'appartenait qu'à la seule Cour de justice *stricto sensu* sous l'empire de l'ex-Traité CE. Cette qualité bénéficie maintenant aux autres juridictions de l'Union. Il reste que les prérogatives non-contentieuses attribuées au juge de l'Union comme celles dans certains domaines de l'initiative législative (pour le statut de la Cour, article 281 TFUE

ou pour la création de nouveaux tribunaux spécialisés, article 257 TFUE¹¹) sont exercées par la seule Cour de justice¹².

En revanche, la mission de la Cour de justice de l'Union « d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » se voit confiée à l'ensemble des juridictions de l'Union. La formule n'est pas nouvelle et figurait déjà dans la première version du Traité de Rome. Il n'y a donc guère de commentaire particulier à faire à son propos, sauf peut-être à rappeler qu'une telle compétence formulée en termes si globaux affaiblit quelque peu la vision traditionnelle selon laquelle la Cour ne possède que des compétences d'attribution et qu'en conséquence le juge national détient la qualité de juge de droit commun du droit de l'Union européenne (voy. *infra*). De plus le partage de la mission avec les autres juridictions de l'Union pourrait laisser à penser qu'elles sont toutes sur un pied d'égalité pour l'exercer. Or il n'en est rien bien sûr, puisqu'il existe un rapport hiérarchique entre les trois niveaux de la fonction juridictionnelle.

2. L'article 19, paragraphe 2, TUE évoque ensuite les données les plus essentielles de l'organisation et du statut de la Cour de justice de l'Union, qui, *stricto sensu* ne concernent que la Cour de justice et le Tribunal à l'exception des tribunaux spécialisés. Néanmoins l'article 257 TFUE prévoit que, sauf disposition contraire du règlement créant le tribunal spécialisé, les règles du traité comme celles du statut s'appliquent à ces entités. En tout état de cause les dispositions figurant au titre I du statut (statut des juges et des avocats généraux) de même que son article 64 (régime linguistique) demeurent applicables.

Concrètement, l'article 19 se borne à confirmer des règles existant depuis des lustres. Notamment le principe selon lequel la Cour de justice est composée d'un juge par État membre et qu'elle est assistée d'avocats généraux. Alors que la composition du Tribunal, qui ne possède pas d'avocats généraux, bien que l'article 254 TFUE ne ferme pas la voie à toute évolution du moins si le statut de la Cour en décide ainsi, revêt un caractère plus fonctionnel, puisque si les États membres sont assurés de disposer d'un juge, ce nombre peut être augmenté conformément à l'article 254 TFUE par simple modification du statut de la Cour. Cette règle du droit au juge et à un seul juge pour tout État membre, en vue de représenter les différents systèmes juridiques de l'Union, a connu quelques évolutions dans le temps. Initialement, elle ne revêtait pas un caractère aussi absolu, dans la mesure où la Cour était composée de sept juges.

¹¹ Voy. plus globalement l'article 289, paragraphe 4, TFUE.

¹² La solution n'est pas identique pour la BCE qui ne précise pas quel organe interne exerce les prérogatives de même nature détenues par l'institution.

Apparemment, cette règle résultait moins de la volonté de dégager une majorité claire au sein de la Cour que d'une répartition « politique » des rôles au sein de la haute juridiction. Alors que la France comme l'Allemagne allaient se voir offrir les postes d'avocats généraux, il convenait de donner au troisième grand de l'Europe des six – l'Italie – une compensation en la forme d'un second juge.

Cette règle a perduré au sein de la Cour, adaptée bien sûr en fonction des élargissements successifs, jusqu'au Traité de Nice, où l'on a basculé d'une composition chiffrée à une composition abstraite fondée sur le principe d'un juge par État membre, ce qui présente techniquement l'avantage de ne pas avoir à réviser les traités à chaque nouvelle adhésion. Ce droit pour tous les États membres à disposer d'un juge au sein de la Cour, bien qu'il ne s'imposât pas à l'évidence pour l'exercice de fonctions juridictionnelles, en principe indépendantes, souligne assez fortement tant l'intérêt parfois empreint de méfiance qu'ils portent à la juridiction de l'Union et l'importance qu'ils attachent à sa jurisprudence. Chez certains États membres, ces sentiments sont portés à leur point le plus aigu, comme en France par exemple, où, sous réserve des premiers juges français, seuls des membres de la haute juridiction administrative, censés le plus aptes à saisir les problèmes d'État, peuvent accéder à de telles fonctions.

C'est probablement pour les mêmes raisons que l'archaïque mode de désignation des juges tant de la Cour, du Tribunal que des avocats généraux, a réussi à traverser le temps. En effet, comme à l'origine du moins pour la Commission, ces éminentes personnalités demeurent désignées « d'un commun accord par les gouvernements des États membres ». Bien sûr, on ne saurait pousser plus loin le rapprochement et souhaiter une démocratisation progressive de la désignation, démocratisation réelle pour la Commission, mais encore relative compte tenu de la volonté incontournable des États membres de conserver un « siège » au sein du collège bruxellois et de leur poids dans le processus de nomination. Néanmoins, et sous réserve bien sûr de l'entrée en scène du comité de pré-sélection prévu à l'article 255 TFUE (voy. *infra*) dont au demeurant la localisation dans le TFUE souligne son aspect purement technique et non constitutionnel, on peut regretter l'absence d'ouverture du processus de nomination purement interétatique des membres de la Cour de justice de l'Union européenne.

En effet, l'évolution même de la Cour l'a amenée à se présenter de plus en plus comme une cour constitutionnelle¹³ et un tel profil implique certaines méthodes pour la désignation des juges. En particulier le parlement national

¹³ J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, notamment pp. 203 et s. ; L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D.Eur.*, 2008/1, pp. 229 et s.

est souvent impliqué dans le processus, comme c'est notamment le cas en Allemagne ou en Italie, parfois même, le corps judiciaire en tant que tel joue un certain rôle. Il n'est pas jusqu'au Conseil constitutionnel français lui-même, dont la qualité de juridiction a fait longtemps l'objet de contestation¹⁴, qui ne connaisse sur ce point une certaine diversité, puisque ses membres, outre les anciens présidents de la République, sont désignés par le Président de la République, ceux de l'Assemblée nationale et du Sénat. Le monopole étatique pour la Cour de justice et le Tribunal paraît d'autant moins justifié que ces juridictions, à la différence de nombreuses juridictions internationales, ont des compétences qui vont bien au-delà du règlement de contentieux purement inter-étatiques, même si les recours en manquement étatique occupent il est vrai une place importante¹⁵. L'association du Parlement européen permettrait une plus grande ouverture et transparence, ce que s'efforce de faire, d'une manière très timide, le comité des sages prévu à l'article 255 TFUE qui prévoit qu'un de ses membres doit être proposé par le Parlement européen.

3. Le dernier apport de l'article 19 réside dans une présentation synthétique des recours et des compétences de la Cour de justice de l'Union européenne. Jusque-là, les traités se bornaient dans la section consacrée à la Cour de justice à décrire de manière analytique les différents recours contentieux (ex-articles 220 à 245 CE). Cette approche synthétique permet aussi de confirmer l'égalité de statut entre la Cour de justice de l'UE et les autres institutions de premier rang (Parlement européen, Conseil européen, Conseil et Commission), puisque pour chacune d'entre elles en effet, il est fait dans le Traité sur l'Union une présentation globale de ses missions et de ses fonctions¹⁶. Le paragraphe 3 de l'article 19 retient à cet égard une classification tirée de la pratique qui distingue trois séries de compétences : les recours « directs » formés par un État membre, une institution ou des personnes physiques ou morales, en deuxième lieu, les renvois préjudiciels en interprétation ou en appréciation de validité et, enfin, « les autres cas prévus par les traités ». L'isolement de la fonction préjudicielle se justifie pleinement, puisque les questions préjudicielles représentent environ la moitié des affaires dont le juge de l'Union est saisi. S'agissant des autres cas prévus par les traités, ils recouvrent tant des compétences contentieuses, comme celles des articles 272 et 273 TFUE concernant la saisine de la Cour sur la base d'un compromis ou d'une clause compromissoire, sous

¹⁴ Au vu de la récente question préjudicielle posée par le Conseil constitutionnel à la Cour de justice (décision n° 2013-314 P QPC du 4 avril 2013) et la réponse favorable de cette dernière (C.J., 30 mai 2013, *F.*, C-168/13 PPU, non encore publié au *Rec.*), cette qualité ne peut plus être niée du moins au regard du droit de l'Union.

¹⁵ G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey, 2012, pp. 486 et s.

¹⁶ Article 14, paragraphe 1, pour le Parlement européen, article 15, paragraphe 1, pour le conseil européen, article 16, paragraphe 1, pour le Conseil et article 17, paragraphe 1, pour la Commission.

réserve que ces recours ne puissent se fonder sur l'article 19, paragraphe 3, sous a) (recours formés par un État membre, etc.) que des compétences non contentieuses comme celles qui découlent des compétences « consultatives » en matière d'accords externes de l'Union (article 218, paragraphe 11, TFUE) ou des pouvoirs d'initiative de la Cour de justice (voy. *supra*).

B. Officialisation du rôle du juge national

Selon l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Cette disposition, elle aussi héritée du Traité constitutionnel (art. I-29)¹⁷, peut faire l'objet d'une double lecture. Soit sur le temps court, comme la réminiscence du conflit ayant opposé au début des années deux-mille la Cour et le Tribunal de première instance quant aux droits de recours des personnes physiques ou morales (voy. *infra*), soit sur le temps long, comme une consécration de la qualité du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union.

1. Cette dernière qualité, très étudiée dans la doctrine¹⁸ en effet ne reposait clairement sur aucun texte antérieur au Traité de Lisbonne. Elle découlait d'abord de la compétence d'attribution qui s'impose à la Cour de justice comme à l'ensemble des institutions de l'Union, ainsi que de certaines dispositions assez elliptiques des traités tel l'actuel article 274 TFUE en vertu duquel « sous réserve des compétences attribuées à la Cour de justice de l'Union européenne par les traités, les litiges auxquels l'Union est partie ne sont pas de ce chef, soustraits à la compétence des juridictions nationales »¹⁹, encore que cette disposition pût être lue aussi comme excluant le principe de l'immunité de juridiction de l'Union européenne devant les juridictions nationales. Mais l'explication principale tenait à l'application en l'espèce du principe de coopération loyale²⁰. Les États membres doivent en effet prendre « toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant

¹⁷ F. PICOD, « Commentaire de l'article I-29 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, op. cit., p. 394.

¹⁸ A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *Mélanges Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 1 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2001 ; B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, coll. Droit de l'Union européenne - Thèses n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2012.

¹⁹ A. BARAV, « Commentaire de l'article 183 », in V. CONSTANTINESCO, J.-P. JACQUE, R. KOVAR et D. SIMON (dir.), *Traité instituant la CEE commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 1155.

²⁰ M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE. Recherches sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, coll. Bib. Droit de droit international et communautaire, tome 108, Paris, L.G.D.J., 1994.

des traités » (aujourd'hui article 4, paragraphe 3, deuxième alinéa, TUE). Il ne s'agit que d'une illustration du principe plus général d'administration indirecte qui s'impose aussi bien aux administrations nationales qu'à leurs juridictions²¹.

Dès lors qu'un litige mettant en cause le droit de l'Union ne ressort pas d'une compétence précise de la Cour de justice et sauf à accepter l'idée de déni de justice, les juridictions nationales, dans le cadre de leurs propres compétences nationales, doivent entrer en scène. La Cour de justice est venue préciser cette mission des juridictions nationales. Elle l'a fait à l'occasion des contentieux parfois dits de la première génération, à propos notamment de la reconnaissance de l'effet direct du droit communautaire. Elle a en effet précisé dans l'arrêt *Sacchi* que l'effet direct engendrait des droits pour le justiciable « que les juridictions nationales doivent sauvegarder »²². Depuis l'arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour a posé en principe que les simples particuliers sont, à l'instar des États membres, des sujets du droit communautaire. Ceux-ci doivent donc pouvoir agir pour la défense de leurs droits, ce qui implique la saisine du juge de l'Union lorsque le litige entre dans le champ de ses compétences ou du juge national, dans les autres cas.

Là se situe une importante différence entre une structure fédérale et l'Union européenne. Dans un État fédéral, en principe, l'application du droit fédéral relève des juridictions elles-mêmes rattachées au pouvoir central. Compte tenu également de la primauté du droit fédéral sur celui des collectivités fédérées, les juridictions fédérales ont le pouvoir d'annuler les décisions contraires des juridictions locales. Mais en droit de l'Union, on connaît les difficultés à consacrer officiellement la primauté du droit de l'Union. Il y a là au demeurant une des causes de l'échec du Traité constitutionnel, qui avait franchi le Rubicon dans son article I-6 ; et de toute façon la Cour de justice ne dispose d'aucun pouvoir d'annulation sur les décisions de justice nationales. C'est au travers du mécanisme des questions préjudicielles que s'opère la liaison entre les deux niveaux de juges, un mécanisme qui préserve la « souveraineté » théorique du juge national. Le recours en manquement étatique, accepté avec beaucoup de réserves contre les juridictions nationales²³, de même que la responsabilité des États membres pour une violation du droit de l'Union imputables à une de leurs juridictions²⁴ ne contredisent pas cette situation.

²¹ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., Paris, Lexisnexis, 2013, pp. 495 et s.

²² C.J., 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.*, p. 409.

²³ C.J., 9 décembre 2003, *Commission/Italie*, C-129/00, *Rec.*, p. I-14637.

²⁴ C.J., 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, *Rec.*, p. I-10239.

Le Traité de Lisbonne vient donc donner une base juridique certaine à cette compétence des juridictions nationales. On relève d'ailleurs que le contentieux de l'Union n'est pas isolé dans cette officialisation. Il en va de même en effet pour l'exécution, au sens administratif du terme. En effet, selon les termes de l'article 291 TFUE, « les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». La compétence de principe des États membres, autre volet du principe d'administration indirecte, conforté par celui d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, bénéficie ainsi d'une consécration constitutionnelle, qui en l'espèce s'accompagne d'une amélioration en ce sens que se trouvent dorénavant précisées et délimitées les compétences exécutives de la Commission d'abord, mais aussi du Conseil, subordonnées en effet à la nécessité de « prévoir des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union ». Auparavant, la ligne de partage entre ce qui relevait de la compétence exécutive des États membres et de celle des institutions de l'Union s'avérait particulièrement flottante, ce qui constituait une fragilisation du principe de la compétence d'attribution en la matière.

L'article 19 TUE, en ce qui concerne la Cour de justice, ne se montre pas aussi précis, encore que la compétence du juge national a vocation à s'exercer « dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Il y a donc une indexation de la compétence du juge national sur les différentes branches du droit de l'Union, ce qui fait bien du juge national un juge « communautaire ». Le droit de l'Union parvient ainsi à respecter tant l'organisation que le système de compétences des juridictions nationales, tout en leur conférant des missions nouvelles. Le droit de l'Union a ainsi pu faire l'économie de la création de nouvelles juridictions ou de nouvelles voies de droit²⁵ de la même manière que la fonction d'exécution au sens administratif ou financier ne s'est pas accompagnée de la création de nouvelles structures administratives. Il reste que la Cour de justice dans les contentieux dits de la seconde génération est venue encadrer de plus en plus strictement la compétence « communautaire » du juge national. Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, en particulier dans son volet procédural subit des limites de plus en plus rigoureuses, grâce notamment à l'émergence des deux principes dits d'équivalence et d'effectivité. Le premier signifie en substance que le juge national ne doit pas traiter différemment un litige d'origine communautaire d'un litige national similaire et le second que les règles procédurales nationales doivent céder le pas si elles rendent impossible ou excessivement difficile le règlement d'un litige de nature communautaire²⁶.

²⁵ C.J., 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*, aff. 158/80, *Rec.*, p. 1805.

²⁶ À propos des mesures provisoires, voy. C.J., 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, *Rec.*, p. I-2433.

2. Dans une vision à plus courte échéance, l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa, TUE renvoie à l'évidence au problème qui s'était posé à l'intérieur de la juridiction de l'Union à propos de l'étendue du droit de recours en annulation des personnes physiques ou morales à l'encontre d'actes à portée générale. On sait que ces personnes ne peuvent agir contre de telles mesures que si elles peuvent faire état d'un lien direct et individuel (ex-article 230, quatrième alinéa, CE). Or, si la preuve d'un lien direct ne paraît insurmontable²⁷, il en va tout autrement du lien individuel qui, depuis le célèbre arrêt *Plaumann*²⁸, suppose que le requérant soit « atteint en raison de certaines qualités qui lui sont propres ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne ». Or, ces conditions sont très rigoureuses et rarement réunies. En résulte selon certains auteurs et aussi certains avocats généraux une situation de « déficit judiciaire » non acceptable en soi, mais aussi susceptible de mettre en difficulté l'Union face à la convention européenne des droits de l'homme et le principe de la protection juridictionnelle effective reconnu comme principe général du droit par la Cour de justice²⁹.

Néanmoins, la Cour n'a eu de cesse d'affirmer que ce déficit n'existait pas en raison de la complétude des voies de droit en droit de l'Union et en recourant à la théorie de la systématique ou de l'interdépendance des voies de droit³⁰. Ces théories partent du principe de l'unité de la juridiction de l'Union qui repose sur deux piliers, le pilier européen et le pilier national. Déjà dans le pilier européen, les requérants dits non-privilegiés peuvent trouver un palliatif dans l'exception d'illégalité (article 277 TFUE) ou dans le recours en responsabilité extra-contractuelle de l'Union (articles 268 et 340 TFUE). Si l'affaire se présente devant le juge national, celui-ci dispose du système des questions préjudicielles pour interpréter ou pour mettre en cause la validité d'un acte juridique de l'Union. Dans ce dernier cas et depuis la jurisprudence *Foto-frost*³¹, il y a même une obligation pour tout juge et pas seulement ceux statuant en dernier ressort de renvoyer à la Cour de justice s'il a de bonnes raisons de penser que l'acte de l'Union est entaché d'invalidité. Ainsi donc par ce va-et-vient entre le juge européen et le juge national, il n'y a aucune carence et le droit à la

²⁷ C.J., 1^{er} juillet 1965, *Toepfer*, aff. 106 et 107/63, *Rec.*, p. 525.

²⁸ C.J., 15 juillet 1963, *Plaumann*, aff. 25/62, *Rec.*, p. 197.

²⁹ C.J., 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651, points 18 et 19, C.J., 15 octobre 1987, *Heylens e.a.*, aff. 222/86, *Rec.*, p. 4097, point 14, C.J., 27 novembre 2001, *Commission/Autriche*, C-424/99, *Rec.*, p. I-9285, point 45, et C.J., 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

³⁰ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, 2003 ; K. LENAERTS, « La systématique des voies de droit dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *Mélanges en l'honneur de G. Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 257.

³¹ C.J., 22 octobre 1987, *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4225.

protection juridictionnelle effective – reconnu au demeurant par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union – se trouve parfaitement respecté.

Dans un arrêt *Jégo-Quéré*³², le Tribunal de première instance prit l'initiative d'une évolution radicale, car les théories précédemment exposées présentent une faille importante. C'est l'hypothèse où l'acte dont la légalité se voit mise en cause ne s'accompagne pas de mesure d'exécution. Dans ce cas, l'exception d'illégalité devant le juge de l'Union ne peut pas jouer et, s'agissant de la responsabilité extra-contractuelle, il n'est que trop facile de montrer qu'elle ne constitue pas un réel substitut à l'impossibilité d'actionner le recours en annulation, car l'objet des deux recours s'avère trop différent. S'agissant du juge national, il ne peut poser des questions préjudicielles à la Cour que si l'acte juridique de l'Union a fait l'objet de mesures d'exécution nationales. Le cas de figure s'est présenté dans l'arrêt *Jégo-Quéré*, où, s'agissant d'une mesure négative – la suppression ou la réduction de quotas de pêche –, elle ne nécessitait aucune mesure communautaire ou nationale pour sa mise en œuvre. En conséquence, le Tribunal de première instance a estimé que la condition du lien individuel devait faire l'objet d'une nouvelle interprétation plus souple que le test *Plaumann*, et, dès lors que le requérant subissait un dommage direct et certain, la recevabilité de l'action devait s'ensuivre.

Très rapidement dans son arrêt *UPA*³³, la Cour de justice a pris ses distances et a même désavoué le Tribunal. L'argumentaire s'appuie sur une vision traditionnelle des voies de droit et de leur complétude. Il ne saurait y avoir de déficit judiciaire. S'agissant du principe de protection juridictionnelle effective, la Cour, sans faire la moindre référence à la charte des droits fondamentaux, il est vrai non dotée à l'époque d'une force juridique contraignante, mais en s'appuyant sur la convention européenne des droits de l'homme en qualité de principes généraux du droit de l'Union, estime qu'il ne peut le conduire à s'écarter des conditions de recevabilité des recours en annulation expressément prévues à l'ex-article 230, quatrième alinéa, CE, qu'une nouvelle interprétation de la condition du lien individuel ne peut s'opérer sous peine de dénaturation et que, *in fine* s'il s'agit de modifier la lettre des traités, c'est au constituant européen, autrement dit les États membres exerçant leur pouvoir de révision, d'y procéder.

La Cour ajoute que, si le cas de figure *Jégo-Quéré* vient malgré tout à se produire, il appartient aux États membres, en vertu du principe de coopération loyale de l'ex-article 10 CE, de mettre en place les voies de droit pour permettre aux requérants individuels d'obtenir satisfaction, et de déclencher si

³² Trib., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365.

³³ C.J., 25 juillet 2002, C-50/00 P, *op. cit.*

besoin est le mécanisme des questions préjudicielles. Le principe de la protection juridictionnelle effective en effet ne saurait accepter l'idée, parfois avancée comme chiffon rouge, que les particuliers dussent se mettre en illégalité, voire en infraction pénale, pour indirectement déclencher un renvoi préjudiciel à l'intention de la Cour. Ainsi donc le comblement des éventuelles lacunes du système judiciaire européen se voit renvoyé dans le camp des États membres. C'est à eux de mettre en harmonie leur organisation juridictionnelle avec les exigences du droit de l'Union. Au passage, on relève l'importante relativisation qui en découle du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, mais ce qui en soi n'a rien d'exceptionnel lorsque l'on connaît la jurisprudence très exigeante de la Cour en la matière (voy. *supra*).

Lors des travaux de la convention sur l'avenir de l'Europe, la controverse *Jégo-Quéré* est venue sur le devant de la scène. L'idée d'un renforcement des droits de recours des personnes physiques ou morales à l'égard des actes à portée générale a porté ses fruits, sans toutefois remettre en cause les deux critères du lien direct et du lien individuel dès lors que se trouve en cause un acte de base. Cette immunité relative doit subsister dès lors que les requérants individuels peuvent s'en prendre aux mesures d'exécution, qui sont nécessaires dans la très grande majorité des cas. Ce n'est qu'en l'absence de telles mesures qu'il convient de modifier la situation. D'où alors l'article III-365, paragraphe 4, qui accepte l'abandon du critère du lien individuel pour les « actes réglementaires qui ne comportent pas de mesures d'exécution » à la condition néanmoins que le lien direct soit présent. Le Traité de Lisbonne a repris sans changement ces dispositions à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE et la Cour de justice a d'ailleurs déjà eu l'occasion de préciser ce qu'il fallait entendre par acte réglementaire³⁴ – notion qui en effet ne figure pas dans la typologie des actes de droit dérivé de l'article 288 TFUE – et le Tribunal a fait de même pour la formule « qui ne comportent pas de mesures d'exécution »³⁵.

Dans ces conditions, on peut se demander si le constituant européen ne s'est pas totalement aligné sur le point de vue du Tribunal exprimé dans l'arrêt *Jégo-Quéré*. En réalité, il n'en est rien, car la thèse de la Cour – selon laquelle il appartient au droit national de combler les éventuelles lacunes du contentieux de l'Union – trouve aussi sa confirmation à l'article 19, paragraphe 1, deuxième alinéa. Il incombe en effet aux États membres d'établir « les voies de recours

³⁴ Trib., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami*, T-18/10, *Rec.*, p. II-5599, commentaire D. SIMON, *Europe*, novembre 2011, n° 388 ; C.J., 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, non encore publié au *Rec.*

³⁵ Trib., 25 octobre 2011, *Microban international Ltd*, T-262/10, *Rec.*, p. II-7697, commentaire D. SIMON, *Europe*, décembre 2011, n° 448. Voy. également à cet égard C.J., 19 décembre 2013, *Telefónica/Commission*, C-274/12 P, non encore publié au *Rec.*, points 27 et s.

nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». La référence au principe de protection juridictionnelle effective – qui s'était trouvé au cœur de la controverse – ne laisse à cet égard planer aucun doute. Cette formule reprend presque textuellement le considérant 41 de l'arrêt *UPA* selon lequel « il incombe aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective »³⁶.

On devine l'étendue de l'instrumentalisation du droit national face au droit de l'Union en raison de l'emploi des termes « établir » ou « prévoir ». Les États membres peuvent se voir contraints d'apporter des modifications à leur organisation juridictionnelle ou d'adapter, voire créer, de nouvelles voies de droit. Dans son arrêt *Unibet* du 13 mars 2007³⁷, la Cour de justice a parfaitement résumé sa doctrine en la matière « en l'absence de réglementation communautaire [...] il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire »³⁸. Ce sont bien les deux volets de l'autonomie institutionnelle et procédurale. En effet, si le Traité CE a institué un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées, le cas échéant, par des personnes privées devant le juge communautaire, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national ». Cependant, il pourrait en aller autrement « s'il ressortait de l'économie de l'ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, même de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire »³⁹.

Au total, sans innover réellement, le Traité de Lisbonne à l'article 19 TUE apporte des clarifications essentielles sur le rôle respectif du juge de l'Union et des juridictions nationales. Là ne se limite pas son apport. Outre la proclamation de principes fondamentaux, il s'efforce aussi sur le plan pratique d'améliorer l'exercice de la fonction juridictionnelle.

³⁶ C.J., 25 juillet 2002, C-50/00 P, *op. cit.*

³⁷ C.J., 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.*, p. I-2271.

³⁸ Voy. aussi C.J., 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec.*, p. 1989, point 5, C.J., 16 décembre 1976, *Cornet*, aff. 45/76, *Rec.*, p. 2043, point 12, C.J., 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 629, points 21 et 22, C.J., 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, aff. C-213/89, *op. cit.*, point 19, et C.J., 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.*, p. I-4599, point 12.

³⁹ C.J., 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *op. cit.*

II. – Une juridiction mieux à même de réaliser ses missions

Les améliorations restent globalement modestes. La juridiction de l'Union a fait ses preuves et comme il en va du droit de l'Union en général, c'est la méthode des petits pas qui prévaut. Il s'agit surtout de tirer les enseignements de la pratique et de rendre la juridiction de l'Union encore plus efficace compte tenu de l'élargissement incessant de l'Union et de l'extension de ses missions. À cet égard, par exemple, on relève déjà que la juridictionnalisation croissante tant de l'ex-troisième pilier de l'Union, qui se trouve quasiment aligné sur le droit commun du contentieux de l'Union, nonobstant la lettre de l'article 276 TFUE⁴⁰ que de la Politique étrangère et de sécurité commune (articles 40 TUE et 275 TFUE) génère de nouveaux contentieux⁴¹. Les améliorations concrètes se situent aussi bien sur le plan statutaire (A) que structurel et fonctionnel (B).

A. Améliorations statutaires

Le Traité de Lisbonne n'a pratiquement pas touché au statut des membres de la Cour. Sa nature constitutionnelle est attestée tant par l'article 19 TUE (voy. *supra*), les articles 252 à 254 TFUE que le titre I du protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne⁴². Les règles les plus essentielles concernant aussi bien l'indépendance des juges et avocats généraux que les exigences de compétence technique et professionnelle sont demeurées quasiment inchangées depuis l'origine des traités, avec simplement une adaptation pour tenir compte de la situation particulière des membres du Tribunal. L'innovation majeure qu'il faut relever en la matière concerne la création d'un comité d'experts, destiné à donner un avis sur la désignation – qui reste cependant purement interétatique – des membres de la Cour de justice de l'Union européenne⁴³.

Cet organe s'est inspiré d'un précédent comité qui avait été institué pour la nomination des juges du Tribunal de la fonction publique⁴⁴. Celui-ci, fondé sur l'article 3 de l'annexe au statut de la CJUE consacré au Tribunal de la fonction

⁴⁰ Voy. aussi les dispositions du protocole n° 36 additionnel au Traité de Lisbonne sur les mesures transitoires.

⁴¹ Voy. C. BLUMANN, « L'amélioration de la protection juridictionnelle effective des personnes physiques et morales résultant du traité de Lisbonne », in *Mélanges en hommage à J.F. Flauss*, à paraître prochainement ; K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers dans le Droit de l'Union », *Cah. dr. eur.*, 2009, pp. 741 et s.

⁴² J.-V. LOUIS, « La réforme du statut de la Cour », *Cah. dr. eur.*, 2011/1, pp. 10 et s.

⁴³ F. PICOD, « Cour de justice, composition, organisation », *J.Cl. Europe*, Fasc. 265, décembre 2013, n° 12-14 ; B. VESTERDORF, « La nomination des juges de la Cour de justice de l'Union européenne Le comité Sauvé (l'article 255 TFUE) », *Cah. dr. eur.*, 2011/3, pp. 601 et s.

⁴⁴ Décision 2005/49 du Conseil du 18 janvier 2005, *J.O.* 25 janvier 2005, L 21.

publique, est formé de sept personnalités parmi d'anciens membres de la Cour ou du Tribunal et de juristes possédant des compétences notoires, désignés pour quatre ans par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, sur recommandation du Président de la Cour de justice⁴⁵. Les pouvoirs de ce comité sont importants. Il donne son avis sur « l'adéquation » des candidats à l'exercice des fonctions de juge du Tribunal de la fonction publique. Il dresse la liste des candidats possédant la compétence requise, laquelle doit comprendre un nombre de candidats correspondant au moins au double du nombre de juges à nommer par le Conseil. Il s'agit donc bien d'un véritable pouvoir de proposition.

Selon l'article 255 TFUE, le comité dédié à la nomination des juges de la Cour et du Tribunal et avocats généraux relève pour une large part du Conseil, statuant néanmoins à la majorité qualifiée tant pour l'établissement des règles de son fonctionnement que pour la désignation de ses membres⁴⁶. Dans les deux cas cependant, il statue sur initiative du Président de la Cour de justice. Quant à sa composition, l'article 255 TFUE se montre très précis. Il s'agit de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, de membres également de juridictions nationales suprêmes et de juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen. Très rapidement après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le président de la Cour a fait des propositions qui ont abouti à la décision 2010/125 du 25 février 2010⁴⁷. Elles s'inspirent de l'idée « d'une composition équilibrée du comité, notamment en ce qui concerne sa base géographique et pour ce qui est de la représentation des systèmes juridiques des États membres ». Sur ces bases, alors que Madame Ana Pamacio Vallelersundi avait été proposée par le Parlement européen, le Conseil a désigné M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État français, à la tête du comité.

Les règles de fonctionnement résultent d'une décision 2010/124, du 25 février 2010⁴⁸, qui développe de manière relativement succincte la substance de l'article 255 TFUE. On y relève notamment que les membres du comité sont désignés pour une période de quatre ans, renouvelable une fois. Le secrétariat général du Conseil assure le secrétariat du comité. Les États membres adressent leurs propositions de candidats au comité qui peut pour chacun d'eux

⁴⁵ La liste des membres actuels du comité est établie par la décision 2013/180 du Conseil du 22 avril 2013, *J.O.* 23 avril 2013, L 111.

⁴⁶ D. SIMON, « La procédure de sélection des membres de la Cour et du Tribunal », *Europe*, 2010, repère 4 ; J.-M. SAUVE, « Le rôle du comité 255 dans la sélection du juge de l'Union », in A. ROSAS, E. LEVITS and Y. BOT (éds.), *The Court of Justice and the Construction of Europe : Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case Law*, The Hague, Asser Press, 2012, pp. 99-119.

⁴⁷ *J.O.* 27 février 2010, L 50.

⁴⁸ *Ibid.*

demander des informations complémentaires. Le point central réside dans l'audition des candidats. Celle-ci, qui n'a pas un caractère public, ne porte que sur les premières nominations de juge ou avocat général et non sur les renouvellements. Il serait en effet extrêmement fâcheux pour le candidat, pour la Cour elle-même ainsi que pour l'État dont il possède la nationalité que la demande de renouvellement fût l'objet d'un avis négatif. Il reste que le comité n'exclut pas néanmoins l'examen des dossiers des intéressés, ce qui pourrait conduire « dans des cas exceptionnels » à un avis défavorable (deuxième rapport annuel).

L'article 255 TFUE précise la mission du comité qui est de « donner un avis sur l'adéquation des candidats de juge et d'avocat général » avant la nomination par les gouvernements. Il ne s'agit donc pas comme pour le comité du Tribunal de la fonction publique de faire des propositions, mais de rendre un avis individuel sur chaque candidature. Selon J.M. Sauvé, lors d'une conférence donnée au Collège de Bruges le 4 novembre 2013⁴⁹, « le traité interpose entre les États et le système juridictionnel de l'Union un lieu d'évaluation indépendante et impartiale des aptitudes des candidats (... ; l) e comité a donc pour but, à proportion de ses moyens, d'apporter une contribution au maintien et à l'approfondissement d'un pouvoir judiciaire indépendant, qualifié et légitime au sein de l'Union ». Forts de presque quatre ans d'expérience et à la lumière des deux rapports déjà rendus sur le fonctionnement du comité⁵⁰, une pratique substantielle (67 avis) permet de discerner les fils d'une doctrine. Selon le président Sauvé, le comité met en œuvre une procédure qui permet un examen approfondi des candidatures. Il dispose en particulier d'un pouvoir d'instruction. Le moment-clé réside dans l'audition des nouveaux candidats. Au fil de sa pratique, le comité a été amené à préciser deux critères d'évaluation, celui des capacités juridiques et celui de l'expérience professionnelle. Il s'agit de vérifier si les conditions posées par le TFUE à l'article 253 – aptitude à l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles, jurisconsulte possédant des compétences notoires – sont bien réunies, à cela s'ajoute des connaissances linguistiques et la capacité à travailler dans un environnement international.

Au titre de certaines faiblesses, on peut relever l'absence de publicité des avis, qui sont pourtant fortement motivés, mais qui ne sont communiqués qu'aux seuls gouvernements. Le motif avancé est tiré des exigences de la protection des données personnelles qui résultent du règlement n° 45/2001, du 18 décembre 2000⁵¹, tel qu'interprété par la Cour de justice dans l'arrêt *The Bavarian*

⁴⁹ Site Internet de la Cour.

⁵⁰ Premier rapport, 17 février 2011, Document du Conseil 6509/11 Cour 3 Jur 57 ; deuxième rapport, 22 janvier 2013, n° 5091/13 Cour 2 Jur 5.

⁵¹ *J.O.* 12 janvier 2001, L 8.

*Lager*⁵². Quelle que soit l'explication, ce manque de transparence est probablement la rançon à payer pour assurer la crédibilité du dispositif auprès des États. Mais même dépourvus de caractère contraignant, ces avis n'en ont pas moins une grande autorité morale et même juridique. En effet, compte tenu de l'exigence d'unanimité pour la désignation des juges, il suffit qu'un seul État membre rejoigne un avis négatif du comité pour que la désignation soit paralysée. Les avis négatifs ne manquent pas (cinq sur soixante-sept) ce qui démontre bien que le comité n'est pas une chambre d'enregistrement ou d'applaudissement. Les critères de refus tiennent le plus souvent au manque d'expérience professionnelle des candidats ou à une insuffisance des capacités juridiques des candidats, en particulier en droit de l'Union. Lorsque des avis défavorables ont été rendus, les gouvernements concernés n'ont pas cherché le passage en force, ce qui permet de dire, selon J.M. Sauvé, que l'avis du comité s'apparente en définitive à un avis conforme. Maniant quelque peu le paradoxe, l'éminent magistrat soutient qu'une nomination des membres de la Cour, après l'avis du comité, à la majorité qualifiée au Conseil avec ou sans l'intervention du Parlement européen n'offrirait pas les mêmes garanties de compétence professionnelle et d'impartialité. Il importe selon lui de bien séparer le politique du strictement juridique. Encore que l'on ne puisse assimiler les juges de la Cour à des juges internes ordinaires et qu'il importe aussi de prendre en compte la dimension constitutionnelle ou internationale des fonctions qu'ils remplissent (voy. *supra*).

B. Améliorations structurelles et fonctionnelles

1. Si l'on prend le terme « statut » dans son sens le plus étroit, le Traité de Lisbonne apporte des modifications non pas tant au statut de la Cour⁵³ qu'à la procédure même des modifications qui peuvent lui être apportées. Depuis toujours, le statut de la Cour fait l'objet d'un protocole additionnel annexé aux traités de base. Depuis toujours également, ces protocoles additionnels de même que les annexes aux traités en font partie intégrante et possèdent la même valeur juridique, autrement dit celle du droit primaire (aujourd'hui article 51 TUE). Mais sous réserve de la version originale du Traité de Rome qui poussait la logique de l'unité jusqu'à ses extrêmes limites, en ce sens que la procédure de révision du protocole se devait d'être la même que celle des traités

⁵² C.J., 29 juin 2010, *Commission c. The Bavarian Lager Co. Ltd* contrôleur européen des données personnelles, C-28/08 P, *Rec.*, p. I-6055.

⁵³ Ces modifications sont mineures notamment pour ce qui a trait au statut des juges et avocats généraux (voy. néanmoins les articles 3 (immunité des membres du Tribunal et d'un tribunal spécialisé), 4 (régime des incompatibilités) et 6 (perte de la qualité de juge de Cour, du Tribunal ou d'un tribunal spécialisé) du statut.

constitutifs, on a assisté depuis l'acte unique européen à un décrochage de ces procédures, en raison de la soumission de certaines parties du protocole de ce point de vue à des procédures simplifiées. D'une part, un nombre croissant de dispositions du protocole ont bénéficié de cet allègement procédural et, d'autre part, cet allègement est lui-même allé dans un sens croissant.

Ainsi, avant le traité de Lisbonne, la révision du statut dans sa plus grande partie pouvait s'opérer sur demande de la Cour ou de la Commission, après avis du Parlement européen, par simple décision du Conseil, mais statuant à l'unanimité. Cette procédure qui exigeait malgré tout l'unanimité des États, avait l'avantage de faire l'économie de la lourde procédure de révision des traités et notamment de la réunion d'une conférence intergouvernementale ainsi que de l'exigence de ratification unanime des États membres. Toutefois le titre I du statut, dédié lui-même aux dispositions de nature constitutionnelle (voy. *supra*), autrement dit le statut de juges et des avocats généraux, de même que l'article 64 relatif au régime linguistique, restaient soumis à la procédure de révision solennelle. Le Traité de Lisbonne va plus loin dans le sens de la banalisation du statut, en ce sens que sous réserve du titre I et de l'article 64 qui conservent leur nature constitutionnelle, le reste du statut relève dorénavant de la procédure législative ordinaire, et non de la procédure législative spéciale comme on aurait pu l'imaginer, avec cette particularité que la Commission ne dispose pas du monopole de l'initiative, mais qu'elle partage ce pouvoir avec la Cour de justice. Dans l'hypothèse d'une proposition de la Commission, la Cour de justice doit être consultée et vice-et-versa. Il convient de rappeler aussi que les propositions de la Commission disposent d'une force juridique supérieure, puisque le Conseil ne peut les modifier que statuant à l'unanimité, alors qu'une demande de la Cour de justice ne bénéficie pas des mêmes atouts.

Une évolution de même nature, mais en format plus réduit, concerne le règlement de procédure de la Cour⁵⁴. Celui-ci adopté dès l'origine par la Cour de justice a longtemps requis l'approbation unanime du Conseil. Le Traité de Nice substitue la majorité qualifiée à l'unanimité ce que ne manque pas de confirmer le Traité de Lisbonne à l'article 253, sixième alinéa, TFUE. Les règlements de procédure du Tribunal et des tribunaux spécialisés sont soumis à la même procédure, à laquelle s'ajoute l'accord de la Cour de justice.

2. Sur le fond, des modifications ont été apportées tant au statut de la Cour par un règlement n° 741/2012, du 11 août 2012⁵⁵, qu'au règlement de

⁵⁴ M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *Cah. dr. eur.*, 2012/3, pp. 603 et s.

⁵⁵ *J.O.* 23 août 2012, L 228.

procédure le 25 septembre 2012⁵⁶. Il s'agit pour l'essentiel d'améliorations de type organisationnel permettant à la Cour de justice en particulier de mieux remplir sa mission. Au stade le plus élevé, on observe que le nombre d'avocats généraux connaît une augmentation sensible et régulière. L'article 252 TFUE prévoit en effet que si la Cour de justice en fait la demande, le Conseil statuant à l'unanimité peut augmenter le nombre des avocats généraux. La procédure s'avère plus rigoureuse que pour le nombre de juges au Tribunal qui peut aussi varier dans le sens de la hausse, mais sous réserve d'une révision du statut de la Cour. Mais ce nombre étant fixé à l'article 48 titre IV du statut, cette modification peut se faire selon la procédure législative ordinaire. S'agissant des avocats généraux, l'augmentation de leur nombre était déjà envisagée par la déclaration n° 38 annexée au Traité de Lisbonne. Une décision 2013/336 du Conseil du 25 juin 2013⁵⁷ « motivée par la préoccupation de permettre à la Cour de continuer à soumettre à des conclusions toutes les affaires qui le nécessitent sans que cela allonge le délai global du traitement des affaires concernées » prévoit de porter à neuf ce nombre à compter du 1^{er} juillet 2013 (nomination d'un avocat général polonais) et à onze le 7 octobre 2015.

Mais le plus spectaculaire réside dans la création d'un poste de vice-Président de la Cour par l'article 9 bis du statut. Ce vice-président est élu dans les mêmes conditions que le Président, parmi les juges de la Cour pour une durée de trois ans. Selon les termes de l'article 9 bis, « il remplace le Président en cas d'empêchement de ce dernier ou de vacance de la présidence ». Le règlement de procédure précise dans son article 10 qu'il peut en outre, mais à la demande du Président, le suppléer pour des fonctions de représentation (article 10, paragraphe 1) ou de gestion administrative (article 10, paragraphe 3). En revanche, le remplacement du Président dans ses fonctions juridictionnelles nécessite une décision spécifique de la Cour publiée au Journal officiel de l'Union (article 10, paragraphe 2).

D'autres modifications structurelles concernent les formations internes de la Cour. En particulier, selon l'article 16 du statut, la composition de la grande chambre est portée à quinze juges avec ce résultat un peu paradoxal que tous les présidents de chambres à cinq juges ne siègent plus de plein droit au sein de cette instance. Celle-ci selon l'article 27 du règlement de procédure, « est, pour chaque affaire, composée du président et du vice-président de la Cour, de trois présidents de chambre à cinq juges, du juge rapporteur et du nombre de juges nécessaire pour atteindre quinze ». Qu'il s'agisse des présidents de chambre à

⁵⁶ *J.O.* 29 septembre 2012, L 265.

⁵⁷ *J.O.* 29 juin 2013, L 179.

cinq juges et des autres juges, une procédure assez complexe de désignation est prévue à l'article 27 aboutissant à une certaine rotation en fonction des affaires en cours. En conséquence, les règles de quorum pour les chambres de base, la grande chambre et l'assemblée plénière ont également été modifiées.

Dans une lettre adressée au Président du Parlement européen le 28 mars 2011⁵⁸, le Président de la Cour préconisait également un certain nombre de modifications concernant le Tribunal, dont la charge augmente compte tenu en particulier de la grande technicité des dossiers qu'il lui faut traiter à un point tel que « depuis plusieurs années, le nombre d'affaires réglées par le Tribunal est inférieur au nombre d'affaires introduites, si bien que le nombre d'affaires pendantes est en croissance constante ». Aussi après avoir évoqué la solution qui consisterait à créer un ou plusieurs tribunaux spécialisés, mais qui à l'évidence ne séduit pas la Cour de justice, car elle risque de nuire à la continuité et à la cohérence de la jurisprudence de la Cour, le Président propose de désigner douze juges nouveaux, ce qui porterait le nombre de juge à trente-neuf⁵⁹. Cette solution permettrait aussi de pouvoir confier au Tribunal le traitement de questions préjudicielles dans certaines matières spécifiques (article 256, paragraphe 3, TFUE), même si à ce jour aucune modification du statut de la Cour en ce sens n'a été adoptée, à la fois comme le précise le Président de la Cour, parce que la charge de travail de la Cour ne le nécessite pas et, d'autre part, parce que la procédure de réexamen qui permet de maintenir l'unité et la cohérence du droit de l'Union, ne devrait jouer qu'à titre exceptionnel. Compte tenu cependant du saut qualitatif que ne manquerait pas de provoquer une augmentation aussi rapide de la composition du Tribunal, la décision sur ce point a été renvoyée à une date ultérieure.

En revanche, la proposition du Président de la Cour de justice d'instituer des juges par intérim au sein du Tribunal de la fonction publique « pour suppléer à l'absence de juges qui, sans pour autant se trouver dans une situation d'invalidité considérée comme totale, sont empêchés durablement de participer au règlement des affaires » n'a pas soulevé de problème particulier et la réforme du statut de la Cour du 11 août 2012 l'a entérinée à l'article 62 quater. Ultérieurement et sur la base de l'article 257 TFUE, le Parlement européen et le Conseil ont adopté un règlement n° 979/2012, du 25 octobre 2012⁶⁰ prévoyant la désignation pour quatre ans renouvelables parmi les anciens membres de la CJUE, sur proposition du Président de la Cour de justice, par le Conseil

⁵⁸ Projet de modification du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de son annexe I, site internet de la Cour.

⁵⁹ Le traité d'adhésion de la Croatie n'était pas encore entré en vigueur.

⁶⁰ *J.O.* 31 octobre 2012, L 303.

statuant à l'unanimité de trois juges par intérim, appelés à exercer dans l'ordre déterminé par la décision du Conseil les fonctions de juge du Tribunal de la fonction publique. Ce règlement apporte de nombreuses précisions quant au statut de ces intérimaires, quant à leur rémunération, quant aux conditions de leur intervention et la cessation de leurs fonctions⁶¹.

Conclusion

La Cour de justice sort donc grandie du Traité de Lisbonne et des modifications qui ont été apportées ultérieurement en vue d'améliorer son fonctionnement. L'article 19 TUE confirme bien la nature duale de la fonction juridictionnelle en droit de l'Union qui repose sur un pilier européen et un pilier national. Le juge national voit son statut en droit de l'Union constitutionnalisé, mais cela s'accompagne d'une instrumentalisation de plus en plus étroite au service de l'Union, et donc d'un contrôle renforcé de la Cour de justice. La structure générale de la juridiction de l'Union demeure inchangée, mais les règles de base de sa composition, de son statut et de ses compétences sont en quelque sorte sanctuarisées, car inscrites dans la partie la plus éminemment constitutionnelle du Traité de Lisbonne. L'entrée en scène d'un comité de sages destiné à examiner les candidatures aux éminentes fonctions de membre de la Cour vient conforter la qualité et l'impartialité de la juridiction européenne, même si l'absence de contrôle démocratique demeure regrettable.

Techniquement, le fonctionnement de la Cour de justice de l'Union européenne devrait être facilité, grâce notamment à l'assouplissement de la procédure de révision du statut de la Cour, qui a déjà porté ses fruits avec des améliorations sensibles concernant le nombre d'avocats généraux, la création de la fonction de vice-président de la Cour de justice, et les nouvelles règles relatives à la composition de la grande chambre. D'autres mesures préconisées par la Cour elle-même pourraient entrer en vigueur renforçant l'efficacité et le rendement du Tribunal, pour lequel toutes les conséquences du Traité de Nice visant à renforcer ses compétences n'ont pas encore été tirées.

Alors que, pour d'autres institutions de l'Union, tout déplacement d'une pièce de l'échiquier se heurte à des difficultés difficilement surmontables, une sorte de consensus règne et continue à régner entre les États membres permettant d'adapter la juridiction aux missions de plus en plus complexes qui lui sont imparties.

⁶¹ Liste des juges par intérim : décision 2013/181/UE du Conseil du 22 avril 2013, *J.O.* 23 avril 2013, L 111.

CHAPITRE 2. LE NOUVEAU RÈGLEMENT DE PROCÉDURE DE LA COUR DE JUSTICE AU REGARD DU CONTENTIEUX DE L'UNION EUROPÉENNE

José A. GUTIÉRREZ-FONS¹

Introduction

Depuis son adoption initiale le 4 mars 1953, le règlement de procédure de la Cour de justice (ci-après la « Cour ») a été amendé à plusieurs reprises sans que sa structure fondamentale ait pour autant été modifiée. Ainsi, le règlement de procédure du 19 juin 1991 (ci-après le « règlement de procédure de 1991 ») reflétait la prépondérance des recours directs², alors que ce contentieux relève aujourd'hui largement de la compétence juridictionnelle du Tribunal et que, d'un point de vue quantitatif, les renvois préjudiciels représentent, environ, deux tiers des affaires portées devant la Cour³.

Adopté le 25 septembre 2012⁴ et entré en vigueur le 1^{er} novembre 2012, le nouveau règlement de procédure de la Cour (ci-après le « NRdP ») vise à atteindre trois principaux objectifs. Premièrement, il restructure les règles contenues dans l'ancien règlement de procédure afin de conférer une place majeure aux renvois préjudiciels. Deuxièmement, dans la mesure où la Cour est confrontée à un contentieux de plus en plus abondant, le NRdP vise à préserver la capacité de la Cour à traiter les affaires dans un délai raisonnable⁵. Enfin, la

¹ Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne. Les considérations contenues dans la présente contribution le sont à titre personnel et n'engagent pas l'institution dont il relève. L'auteur peut être contacté à l'adresse jagf@curia.europa.eu.

² Voy. la version consolidée du règlement de procédure de la Cour de justice du 19 juin 1991, tel que modifié en dernier lieu le 24 mai 2011 (*J.O.L* 162, p. 17).

³ Voy., p. ex., le rapport annuel de la Cour de justice pour l'année 2012, p. 94 (404 renvois préjudiciels sur un nombre total de 632 affaires). Pour une étude complète et exhaustive du NRdP ainsi que du processus législatif qui a abouti à son adoption, voy. M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *C.D.E.*, 2013, pp. 605-669.

⁴ Voy. le règlement de procédure de la Cour de justice (*J.O. L* 265, p. 1).

⁵ Voy. le considérant 6 du nouveau règlement de procédure.

refonte du règlement de procédure entend aussi simplifier et clarifier les règles régissant tant le déroulement de la procédure que l'organisation de celle-ci⁶.

Dès lors que de nombreuses innovations apportées par le NRdP, s'agissant des principales voies de recours et des règles procédures spécifiques, sont abordées dans le cadre d'autres contributions de cet ouvrage, la présente étude entend davantage poser un cadre d'analyse du NRdP en proposant un aperçu sélectif de ces modifications et nouveautés au regard de leur importance ou intérêt pratique. À cette fin, elle s'articule en deux parties. La première partie traite des règles d'organisation et des dispositions procédurales communes (I). La seconde partie est consacrée à l'examen des différentes procédures devant la Cour, à savoir les renvois préjudiciels, les recours directs et les pourvois, ainsi que, plus succinctement, la procédure de réexamen, la procédure d'avis et les procédures particulières (II).

I. – Les règles d'organisation et les dispositions procédurales communes

A. *Modifications concernant l'organisation de la Cour*

Les règles relatives à l'organisation de la Cour ont connu trois modifications importantes par le NRdP, à savoir la création de la fonction de vice-président de la Cour, la composition de la grande chambre et la réforme des règles relatives au régime linguistique⁷. Alors que les deux premières découlent directement des modifications introduites dans le Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après le « statut de la Cour ») par le règlement n° 741/2012⁸, la dernière vise à faciliter la lisibilité des règles relatives au régime linguistique en les regroupant sous un seul chapitre.

En premier lieu, la création de la fonction de vice-président de la Cour vise à décharger le président de la Cour de justice de certaines tâches. Le vice-président est ainsi appelé à seconder le président dans l'exercice de ces tâches⁹. À cet égard, le règlement n° 741/2012 a inséré un nouvel article 9*bis* dans le statut de la Cour, dont le deuxième alinéa prévoit que « [l]e vice-président assiste le président dans les conditions déterminées par le règlement

⁶ Voy. M.-A. GAUDISSERT, *op. cit.*, p. 610.

⁷ *Ibid.*, p. 616.

⁸ Voy. le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil du 11 août 2012 modifiant le protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne et son annexe I (J.O. L 228, p. 1) (ci-après le « règlement n° 741/2012 »).

⁹ Voy. le considérant 3 du règlement n° 741/2012.

de procédure, [i] remplace le président en cas d'empêchement de ce dernier ou de vacance de la présidence ». Le NRdP a donc déterminé ces conditions, en effectuant une distinction entre les fonctions administratives et de représentation du vice-président, d'une part, et ses fonctions juridictionnelles, d'autre part. L'exercice par le vice-président du premier type de fonctions requiert uniquement que le président de la Cour demande au vice-président que celui-ci le remplace dans l'exercice de ses fonctions. En revanche, pour que le vice-président puisse remplacer le président dans l'exercice de ses fonctions juridictionnelles, une décision de la Cour est nécessaire, celle-ci devant être publiée au *Journal Officiel*¹⁰. À cet égard, le 23 octobre 2012, la Cour a décidé que le vice-président remplacerait le président de la Cour dans l'exercice des fonctions juridictionnelles prévues aux articles 39, premier alinéa, et 57 du statut de la Cour ainsi qu'aux articles 160 à 166 du NRdP (qui concernent les procédures de référé et les pourvois formés contre les ordonnances de référé du Tribunal)¹¹.

En deuxième lieu, la nouvelle composition de la grande chambre a pour objectif de renforcer la participation de l'ensemble des juges aux décisions prises par cette formation de jugement. C'est ainsi que le règlement n° 741/2012 augmente le nombre des juges pouvant participer à la grande chambre (laquelle comprend quinze juges, au lieu de 13 précédemment) et supprime la participation systématique de tous les présidents des chambres à cinq juges. Présidée par le président, la grande chambre est également composée du vice-président ainsi que, par un système de double rotation prévu à l'article 27, paragraphe 1, du NRdP, de trois des présidents des chambres à cinq juges et d'autres juges. Désormais, ce sont le président et le vice-président de la Cour qui veillent à la cohérence de la jurisprudence dans les affaires les plus importantes, alors que les présidents des chambres à cinq juges y veillent pour les affaires relevant de leur propre chambre. Les autres juges siègeront, en moyenne, dans la moitié des affaires attribuées à la grande chambre, alors que précédemment ceux-ci ne siégeaient que dans un tiers desdites affaires.

En troisième lieu, le NRdP introduit une modification structurelle en regroupant sous un même chapitre les règles relatives au régime linguistique¹².

¹⁰ Voy. l'article 10, paragraphe 3, du NRdP. Voy. égal. M.-A. GAUDESSART, *op. cit.*, pp. 617-618 (qui souligne que cette distinction répond aux souhaits de la Commission exprimés lors du processus d'adoption du NRdP [COM (2011) 596 final], selon lesquels, dans un souci de sécurité juridique, les fonctions juridictionnelles du vice-président devaient être encadrées et décrites dans un texte).

¹¹ Voy. la Décision n° 2012/671/UE de la Cour de justice du 23 octobre 2012 relative aux fonctions juridictionnelles du vice-président de la Cour (*J.O.* L300, p. 47).

¹² Voy. les articles 36 à 42 du NRdP.

Excepté une précision relative aux contestations des dépens récupérables,¹³ le NRdP prévoit deux innovations importantes.

Dans le cadre d'un recours en manquement, le NRdP introduit, premièrement, une dérogation à la règle générale selon laquelle la langue de procédure est la langue officielle de l'État membre défendeur¹⁴. Aux termes de l'article 38, paragraphe 4, du NRdP, l'État membre qui saisit la Cour au titre de l'article 259 TFUE peut utiliser sa propre langue officielle. Deuxièmement, s'agissant de la procédure préjudicielle, l'article 37, paragraphe 3, du NRdP reproduit, pour l'essentiel, la règle déjà prévue à l'ex-article 29, paragraphe 2, du règlement de procédure de 1991, selon laquelle, à la demande dûment justifiée d'une partie au litige au principal, l'autre partie au litige au principal et l'avocat général entendus, la Cour peut autoriser l'emploi d'une autre des langues officielle de l'Union pour la phase orale de la procédure. Toutefois, l'article 37, paragraphe 3, du NRdP apporte un changement important, selon lequel « [lorsque cette autorisation] est octroyée [à la partie concernée], [elle] vaut pour l'ensemble des intéressés visés à l'article 23 du statut [de la Cour] ».

B. *Dispositions procédurales communes*

Dans le but de simplifier et de clarifier les règles concernant tant le déroulement de la procédure que l'organisation de celle-ci, le NRdP a regroupé, sous son deuxième titre, les règles qui sont communes aux différentes procédures devant la Cour, renforçant ainsi leur lisibilité¹⁵. À cet égard, le NRdP effectue deux modifications importantes : l'une relative à la phase écrite et l'autre à la phase orale.

S'agissant de la phase écrite, l'article 58 du NRdP prévoit que « [s]ans préjudice de dispositions particulières prévues par le présent règlement, la Cour peut, par décision, fixer la longueur maximale des mémoires ou observations déposés devant elle. Cette décision est publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* ». Cet article poursuit ainsi un double objectif lié au multilinguisme¹⁶. Il vise, d'une part, à soulager les services de traduction de la Cour qui doivent faire face à un contentieux de plus en plus abondant et, d'autre part, à éviter des délais qui seraient liés à la traduction des mémoires ou observations d'une longueur excessive.

¹³ Voy. l'article 37, paragraphe 2, sous c), du NRdP.

¹⁴ Voy. l'article 37, paragraphe 1, sous a), du NRdP.

¹⁵ Voy. N. CARIAT et J.T. NOWAK, « Le nouveau règlement de procédure de la Cour de justice de l'Union européenne anno 2012 », *J.T.*, 2013, p. 185.

¹⁶ Voy. M.-A. GAUDISSERT, *op. cit.*, p. 626.

En ce qui concerne la phase orale, le NRdP donne suite au principe déjà introduit par les modifications effectuées au règlement de procédure de 1991 en mars 2000, selon lequel la tenue d'une audience a un caractère facultatif et ne devrait intervenir que lorsque, sans préjudice du principe du contradictoire, celle-ci « est susceptible d'apporter une valeur ajoutée au traitement de l'affaire »¹⁷. Il découle de ce principe, consacré à l'article 76 du NRdP, que les parties ou les intéressés visés à l'article 23 du statut qui souhaitent une audience de plaidoiries, doivent introduire une demande motivée en ce sens¹⁸. Toutefois, le NRdP impose une limite à cette faculté de la Cour. Ainsi qu'il ressort de l'article 76, paragraphe 3, du NRdP, si un intéressé visé à l'article 23 du statut qui n'a pas participé à la phase écrite de la procédure demande, de manière motivée, la tenue d'une audience, celle-ci aura lieu. De plus, le NRdP supprime le rapport d'audience, prévoit la possibilité d'organiser une audience commune pour les affaires ayant la même nature,¹⁹ et offre la possibilité aux parties et aux intéressés visés à l'article 23 du statut, sur demande dûment justifiée, de demander l'enregistrement de l'audience²⁰.

II. – Les modifications apportées aux procédures devant la Cour

A. Les renvois préjudiciels

Comme indiqué précédemment, un des objectifs principaux justifiant la refonte du règlement de procédure était de conférer une place primordiale aux renvois préjudiciels²¹. C'est ainsi que le titre consacré à la procédure préjudicielle (titre troisième) se situe directement après le titre consacré aux dispositions procédurales communes²². Le titre troisième du NRdP est divisé en quatre chapitres qui sont consacrés respectivement aux dispositions générales (1), à la procédure préjudicielle accélérée (ci-après la « PPA »), à la procédure préjudicielle d'urgence (ci-après la « PPU ») (2), et à l'aide juridictionnelle (3).

¹⁷ *Ibid.*, p. 630.

¹⁸ Voy. l'article 76, paragraphe 1, du NRdP.

¹⁹ Voy. l'article 77 du NRdP. Par exemple, une audience commune pourrait être organisée pour deux recours en annulation. En revanche, tel ne serait pas le cas pour un recours en annulation et un recours en manquement.

²⁰ Voy. l'article 85 du NRdP.

²¹ Voy. l'avis 1/09, du 8 mars 2011, *Rec.*, p. I-1137, point 84, dans lequel la Cour a jugé que « [l]e système instauré à l'article 267 TFUE établit [...] une coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales dans le cadre de laquelle ces dernières participent de façon étroite à la bonne application et à l'interprétation uniforme du droit de l'Union ainsi qu'à la protection des droits conférés par cet ordre juridique aux particuliers ». Pour une étude du renvoi préjudiciel, voy. la contribution de V. Kronenberger dans le présent ouvrage.

²² Voy. N. CARIAT et J.T. NOWAK, *op. cit.*, p. 187 (qui qualifient cette modification structurelle de « symbole » de la « prééminence » de la procédure préjudicielle). Voy. égal. M.-A. GAUDISSERT, *op. cit.*, p. 634.

1. *Dispositions générales*

S'agissant des dispositions générales, l'article 94 du NRdP précise quel doit être le contenu d'un renvoi préjudiciel. Ainsi, bien que cette information figurait déjà dans les recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles,²³ le fait qu'elle figure dans un acte contraignant est susceptible d'attirer l'attention du juge national sur les risques auxquels il s'expose s'il envoie une demande de décision préjudicielle qui ne contient pas les éléments mentionnés audit article du NRdP. En effet, en l'absence de tels éléments, le juge national ne pourrait pas initier un dialogue constructif avec la Cour. De plus, le NRdP énonce, de façon exhaustive et conformément à l'article 23 du statut de la Cour, les parties ou intéressés autorisés à présenter des observations devant la Cour. S'agissant des parties au principal, le NRdP confirme que c'est la juridiction de renvoi qui détermine, conformément aux règles de procédure nationales, les acteurs pouvant intervenir devant la Cour²⁴.

Le NRdP contient également des nouvelles règles concernant l'anonymisation d'une ou de plusieurs personnes ou entités concernées par le litige²⁵. La Cour peut procéder à l'anonymisation de trois façons différentes, à savoir à la demande de la juridiction de renvoi, sur demande dûment motivée d'une partie au litige au principal ou d'office. S'agissant des demandes de la juridiction de renvoi, il ressort du NRdP que l'anonymisation est automatique. En effet, elle est la mieux placée pour mesurer la nécessité de maintenir confidentiels les noms de parties au principal ou d'autres données à caractère personnel les concernant²⁶. De plus, dans la mesure où les affaires relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, sont de plus en plus abondantes, et étant donné que ces affaires peuvent être de nature pénale ou concerner des enfants, les deux autres voies permettant de procéder à l'anonymisation s'avèrent d'une grande utilité.

Par ailleurs, il convient de rappeler que l'article 104, paragraphe 3, premier alinéa, du règlement de procédure de 1991 prévoyait que lorsque « la question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué ou lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour peut, après avoir entendu l'avocat général, à tout moment, statuer par voie d'ordonnance motivée comportant référence à l'arrêt

²³ Voy. les Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles (*J.O.* C338, p. 1).

²⁴ Voy. l'article 97 du NRdP.

²⁵ Voy. l'article 95 du NRdP.

²⁶ Voy. M.-A. GAUDISSERT, *op. cit.*, pp. 644-645.

précédent ou à la jurisprudence en cause ». Toutefois, s'agissant du second cas de figure, le deuxième alinéa dudit article précisait que la Cour ne pouvait statuer par voie d'ordonnance qu'après avoir informé la juridiction de renvoi, après avoir entendu les intéressés visés à l'article 23 du statut en leurs observations éventuelles et après avoir entendu l'avocat général. Cette obligation entraînait certains délais liés au temps laissé aux intéressés visés à l'article 23 du statut pour le dépôt de leurs observations et à la traduction. De ce fait, lorsqu'il s'agissait d'une question préjudicielle qui pouvait être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour n'avait pas une préférence spéciale pour les ordonnances motivées²⁷. À cet égard, en supprimant l'obligation d'informer la juridiction de renvoi et d'entendre les intéressés visés à l'article 23 du statut, le NRdP effectue une modification importante qui vise à optimiser le recours aux ordonnances motivées.

En outre, l'article 100, paragraphe 1, du NRdP apporte deux clarifications importantes relatives à la durée de la saisine. Il dispose que « la Cour reste saisie d'une demande de décision préjudicielle tant que la juridiction qui a saisi la Cour de cette demande ne l'a pas retirée [;] le retrait d'une demande peut être pris en compte jusqu'à la signification de la date du prononcé de l'arrêt aux intéressés visés à l'article 23 du statut »²⁸. Il appartient ainsi à la juridiction de renvoi, et non aux parties, d'informer la Cour sur tous les incidents de procédure du litige au principal qui seraient susceptible d'affecter la compétence préjudicielle de la Cour. La seconde phrase dudit article repose sur le principe d'économie procédurale. En effet, la signification de la date du prononcé aux intéressés visés à l'article 23 du statut implique que, pour la Cour, l'affaire est clôturée. Il n'y aurait ainsi aucune raison justifiant que l'arrêt ne soit pas prononcé, notamment s'il est tenu compte du fait qu'un arrêt préjudiciel produit des effets *erga omnes* et pourrait être d'utilité pour des affaires similaires qui sont en cours de traitement – ou seront prochainement traitées – par une autre (ou la même) juridiction nationale. Le délai existant entre ladite signification et le prononcé de l'arrêt est dû au fait que l'arrêt doit être traduit dans toutes les langues officielles de l'Union, et nécessairement dans la langue de procédure.

2. La PPA et la PPU

Le droit à une protection juridictionnelle effective, consacré à l'article 47 de la Charte, vise non seulement à assurer que les particuliers disposent de voies

²⁷ *Ibid.*, p. 639.

²⁸ Bien entendu, « la Cour peut, à tout moment, constater que les conditions de sa compétence ne sont plus remplies ». Voy. l'article 100, paragraphe 2, du NRdP.

de recours effectives, mais encore que la juridiction compétente rende son jugement dans un délai raisonnable. Lorsque des affaires préjudicielles méritent un traitement urgent, la Cour doit donc statuer dans le délai le plus court possible.

Pour le traitement urgent de renvois préjudiciels, le statut de la Cour prévoit deux types de procédures préjudicielles, à savoir la PPA et la PPU²⁹. Alors que la PPA est applicable à toutes les matières relevant du droit de l'Union, la PPU est limitée aux renvois préjudiciels relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ces procédures peuvent prévoir, pour le dépôt des mémoires ou observations écrites, un délai plus bref que celui prévu à l'article 23 du statut de la Cour, et, par dérogation à l'article 20, quatrième alinéa, de celui-ci, l'absence de conclusions de l'avocat général. En outre, pour la PPU, la Cour peut, dans des cas d'extrême urgence, décider d'omettre la phase écrite de la procédure³⁰.

S'agissant de la PPA, le NRdP introduit trois innovations, à savoir le critère de déclenchement de cette procédure, la faculté du Président de la Cour de soumettre d'office un renvoi préjudiciel à ladite procédure, et des nouveautés concernant la transmission des actes de procédure³¹.

En premier lieu, alors que le règlement de procédure de 1991 conditionnait le déclenchement de la PPA à l'existence de « circonstances invoquées [par la juridiction de renvoi qui] établissent l'urgence extraordinaire de statuer sur la question posée à titre préjudiciel »³², l'article 105 du NRdP prévoit que un renvoi préjudiciel peut être soumis à cette procédure « lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais ». Cette modification terminologique a pour objectif de mettre en exergue que ce sont les circonstances propres à l'affaire qui détermineront si celle-ci est soumise ou non à la PPA, plutôt que son caractère exceptionnel. Dans une certaine mesure, cette modification semble assouplir le critère de déclenchement de la PPA. Toutefois, il convient de rappeler que cette procédure est particulièrement exigeante pour

²⁹ Voy. l'article 23bis du statut de la Cour. Pour un aperçu général de ces deux procédures, voy. C. NAÔMÉ, « La procédure accélérée et la procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *J.D.E.*, 2009, pp. 237-247 ; B. CHEVALIER, « Les nouveaux développements de la procédure préjudicielle dans le domaine de l'espace judiciaire européen : la procédure préjudicielle d'urgence et les réformes principales prévues par le traité de Lisbonne », *ERA Forum*, 2009, pp. 591-607 ; C. BARNARD, « The PPU : is it worth the candle? An early assessment », *European Law Review*, 2009, pp. 281-297 ; A. ROSAS, « Justice in Haste, Justice Denied? The European Court of Justice and the Area of Freedom, Security and Justice », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008-2009, pp. 1-13 ; K. LENAERTS, « The Contribution of the European Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice », *International & Comparative Law Quarterly*, 2010, pp. 255-301. Voy. égal. la contribution de V. Kronenberger dans le présent ouvrage.

³⁰ Voy. l'article 111 du NRdP.

³¹ M.-A. GAUDISSERT, *op. cit.*, pp. 639-640.

³² Voy. l'article 104bis du règlement de procédure de 1991.

les cabinets des membres de la Cour et les services de cette dernière, de sorte que le déclenchement de cette procédure devrait, nous semble-t-il, être réservé à des affaires qui méritent effectivement un traitement urgent.

En deuxième lieu, à la différence du règlement de procédure de 1991, le NRdP prévoit que le Président de la Cour peut, d'office, décider de soumettre un renvoi préjudiciel à la PPA. Toutefois, cette nouvelle faculté ne peut être exercée qu'« à titre exceptionnel ».

En troisième lieu, alors que le règlement de 1991 réservait cette possibilité à la PPU, le NRdP autorise les significations et les communications des actes de procédure par transmission d'une copie du document par télécopieur ou tout autre moyen technique de communication dont disposent la Cour et le destinataire.

Entrée en vigueur le 1^{er} mars 2008,³³ la PPU est une procédure relativement nouvelle et, par conséquent, n'a pas subi de changements importants. Le NRdP effectue toutefois deux modifications ponctuelles issues de l'expérience acquise par la Cour dans le traitement de ce type d'affaires.

En premier lieu, il convient de rappeler qu'une chambre à cinq juges est désignée pour exercer cette compétence pendant une période d'une année (la « chambre PPU »). Le règlement de 1991 ne prévoyait aucune dérogation à cette règle. Ainsi, si une affaire urgente présentait un lien de connexité avec une autre affaire pendante, elle ne pouvait être soumise à la PPU et, à la fois, être attribuée au même juge rapporteur que si ce dernier faisait partie de la chambre PPU. Si tel n'était pas le cas, la Cour était tenue soit d'inviter la juridiction de renvoi à demander que l'affaire soit soumise à la PPA pour ainsi attribuer l'affaire au même juge rapporteur, soit de déclencher la PPU en attribuant l'affaire connexe à un nouveau juge rapporteur. Dans les affaires connexes *Purrucker I* et *Purrucker II*³⁴, la Cour a choisi la première option³⁵. Le NRdP vise à mettre fin à ce choix. Aux termes de son article 108, paragraphe 2, « [s]i l'affaire présente un lien de connexité avec une affaire pendante attribuée à un juge rapporteur qui ne fait pas partie de la chambre [PPU], cette dernière peut proposer au président de la Cour d'attribuer l'affaire à ce juge rapporteur ; [da]ns le cas d'une réattribution de l'affaire à ce juge rapporteur, la chambre à cinq juges dont il fait partie remplira, pour cette affaire, les fonctions de la chambre [PPU] ».

³³ Voy., en ce sens, les modifications du règlement de procédure de la Cour de justice du 15 janvier 2008 (*J.O.*, L.24, p. 39).

³⁴ Voy. C.J., 15 juillet 2010, *Purrucker I*, C-256/09, *Rec.*, p. I-7353, et C.J., 9 novembre 2010, *Purrucker II*, C-296/10, *Rec.*, p. I-11163.

³⁵ Voy. C.J. (ord.), 15 juillet 2010, non publiée au *Rec.*

En second lieu, s'agissant de la phase écrite, le règlement de procédure de 1991 limitait la présentation d'observations écrites aux parties au principal, à l'État membre dont relève la juridiction de renvoi et aux institutions de l'Union. Toutefois, l'expérience acquise par la Cour a démontré qu'il arrive que l'ordonnance de renvoi mentionne des procédures administratives ou judiciaires qui se sont déroulées dans un État membre autre que celui dont relève la juridiction de renvoi, notamment lorsqu'il s'agit des affaires concernant l'enlèvement international d'un enfant ou des demandes d'asile. À cette fin, le NRdP prévoit que la Cour peut inviter cet État membre à déposer des observations écrites³⁶.

3. *L'aide juridictionnelle*

Le NRdP vise à clarifier et à compléter le régime d'aide juridictionnelle qui était prévu par le règlement de procédure de 1991. S'agissant des conditions d'octroi de l'aide juridictionnelle, le NRdP dispose que la demande d'aide doit être accompagnée de tous les renseignements et pièces justificatives permettant d'évaluer la situation économique du demandeur. Le NRdP oblige également le demandeur d'aide à préciser s'il a déjà bénéficié d'une aide juridictionnelle devant la juridiction de renvoi. Si tel est le cas, il produit la décision de cette juridiction et précise ce que couvrent les montants déjà octroyés. Par ailleurs, quant à la décision d'admission, totale ou partielle, au bénéfice de l'aide juridictionnelle ou de refus de cette dernière, ce n'est plus la formation de jugement connaissant de l'affaire qui doit statuer, mais la formation la plus restreinte (chambre à trois ou cinq juges) à laquelle appartient le juge rapporteur statuant par voie d'ordonnance³⁷.

B. *Les recours directs et les pourvois*

Le NRdP contient un certain nombre de modifications portant, d'une part, sur les recours directs et, d'autre part, sur les pourvois formés contre les décisions du Tribunal. Ces nouveautés figurent respectivement au titre quatrième et cinquième du NRdP.

1. *Les recours directs*

Les dispositions relatives aux recours directs ont été systématisées et figurent désormais dans les dix chapitres du titre quatrième du NRdP³⁸. Si certains

³⁶ Voy. l'article 109, paragraphe 3, du NRdP.

³⁷ Voy. l'article 116, paragraphes 2 et 3, du NRdP.

³⁸ Voy. les articles 119 à 166 du NRdP.

d'entre elles ont subi de modifications plus substantielles, d'autres demeurent en grande partie inchangées.

En premier lieu, le chapitre deuxième relatif à la phase écrite comporte trois innovations principales. Tout d'abord, l'article 121 du NRdP supprime l'obligation qu'avaient les parties d'élire domicile à Luxembourg. Ensuite, en vertu de l'article 124, paragraphe 1, du NRdP, le défendeur dispose désormais d'un délai de deux mois suivant la signification de la requête pour présenter un mémoire en défense. Toutefois, conformément au paragraphe 3 de cet article, les prorogations de délai ne sont octroyées qu'« à titre exceptionnel » et sur demande « dûment motivée » de la partie défenderesse. Enfin, dans un souci de cibler le débat et de favoriser un traitement plus rapide des affaires, le nouveau article 126, paragraphe 2, du NRdP prévoit que le président de la Cour peut préciser les points sur lesquels la réplique du requérant ou la duplique du défendeur devrait porter.

En deuxième lieu, le chapitre quatrième du NRdP apporte des modifications quant au régime d'intervention. Dans un souci de simplifier ou d'accélérer la procédure d'intervention, certains délais sont raccourcis, tel que celui accordé aux parties requérante et défenderesse pour formuler des observations éventuelles relatives à la demande d'intervention. En effet, aux termes de l'article 131, paragraphe 2, du NRdP, ce délai passe d'un mois à 20 jours (10 jours augmentés du délai de distance de 10 jours). Dans le même souci, cette disposition dispose que, dans certaines conditions, l'intervention est dorénavant admise par simple « décision » du président de la Cour, et non plus par voie d'ordonnance. C'est notamment le cas, par renvoi à l'article 40, premier ou troisième alinéa du statut, lorsque la demande d'intervention est formulée par un État membre, une institution de l'Union, un État partie à l'Accord sur l'Espace économique européen autre qu'un État membre ou l'Autorité de surveillance AELE, et en l'absence d'objection ou de réaction des parties requérante et défenderesse dans ledit délai de 20 jours. Toutefois, dans les autres cas, conformément au paragraphe 3 de cet article, le président de la Cour pourra statuer par voie d'ordonnance ou déférer la demande à la Cour. Dorénavant, est également expressément établi le délai dans lequel l'intervenant peut présenter un mémoire en intervention. En vertu de l'article 132, paragraphe 1, du NRdP, il dispose d'un mois à partir de la communication des actes de procédure. S'agissant toujours de l'intervention, l'article 129, paragraphe 2, du NRdP dispose expressément que celle-ci est « accessoire au litige principal ». Un certain nombre de conséquences en découlent (voir, en ce sens, article 129 du NRdP).

En troisième lieu, certains aspects de procédure demeurent essentiellement inchangés. Ainsi, les chapitres relatifs à la procédure accélérée (chapitre

cinquième du NRdP), aux dépens (chapitre sixième du NRdP) et à l'accord amiable, aux désistements, aux non-lieux à statuer et aux incidents de procédure (chapitre septième du NRdP) ont subi des modifications mineures.

En particulier, pour ce qui est de la procédure accélérée, les modifications portent sur le déclenchement de cette procédure. D'une part, sont assouplies les circonstances justifiant ce déclenchement lorsque la demande est présentée soit par la partie requérante, soit par la partie défenderesse. En effet, si, auparavant, c'était l'urgence particulière qui justifiait la procédure accélérée, l'article 133, paragraphe 1, du NRdP dispose désormais que c'est « la nature de l'affaire » qui exige le traitement de l'affaire « dans de brefs délais ». D'autre part, le paragraphe 3 de cet article énonce que, « à titre exceptionnel, le président peut également prendre une telle décision d'office, les parties, le juge rapporteur et l'avocat général entendus ».

Quant aux dépens³⁹, il convient d'évoquer deux modifications. D'une part, aux termes de l'article 138, paragraphe 3, du NRdP, si les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, chaque partie supporte ses propres dépens. Toutefois, si cela apparaît justifié au vu des circonstances de l'espèce, la Cour peut décider que, outre ses propres dépens, une partie supporte une fraction des dépens de l'autre partie. D'autre part, en cas de contestation sur les dépens récupérables, dorénavant, c'est la formation la plus petite (chambre à trois ou cinq juges) à laquelle appartient le juge rapporteur qui statue par voie d'ordonnance⁴⁰.

Les dispositions figurant dans le chapitre septième reprennent essentiellement le contenu des anciennes dispositions. Les principales modifications portant sur les exceptions ou incidents de procédure. À cet effet, lorsque tel est le cas, aux termes de l'article 151, paragraphe 5, du NRdP, la Cour statue « dans les meilleurs délais sur la demande ou, si des circonstances particulières le justifient, joint l'examen de celle-ci au fond ».

En quatrième lieu, le chapitre neuvième vient consolider les dispositions concernant les « demandes et recours relatifs aux arrêts et ordonnances ». Les articles 153 à 159 du NRdP modifient peu les anciennes règles. Pour ce qui concerne les modifications apportées, il convient de mentionner l'article 153, paragraphe 1, du NRdP, lequel précise les règles de compétence concernant la formation de jugement en matière de demandes de ce type. L'article 154, paragraphe 2, du NRdP relatif à la demande en rectification prévoit l'hypothèse où « la demande de rectification porte sur le dispositif ou l'un des motifs

³⁹ Sur cette question, voy. la contribution de T. Materne dans le présent ouvrage.

⁴⁰ Voy. l'article 145, paragraphes 1 et 2, du NRdP.

qui constitue le soutien nécessaire du dispositif », auquel cas « les parties, dûment informées par le greffier, peuvent présenter des observations écrites dans un délai fixé par le président ». L'article 158, paragraphe 2, du NRdP vient préciser le délai de deux ans à compter de la date du prononcé de l'arrêt ou de la signification de l'ordonnance pour formuler une demande en interprétation. L'article 159 du NRdP relatif au recours en révision ne comprend qu'un seul changement important. Il s'agit de la recevabilité de la demande qui peut être jugée par voie d'ordonnance par la Cour, en vertu du paragraphe 5 de cet article.

2. *Les pourvois contre les décisions du Tribunal*

Face à l'accroissement du nombre de pourvois⁴¹ formés contre les décisions du Tribunal, le cinquième titre systématise, sans apporter de modifications majeures, la procédure relative aux pourvois. À cette fin, il convient de mettre particulièrement en exergue les chapitres premier, deuxième, cinquième et septième du NRdP.

Bien que le chapitre premier du NRdP concernant les exigences de forme, de contenu et relatives aux conclusions de la requête en pourvoi se borne à reprendre essentiellement les anciennes dispositions, certaines exigences se trouvent explicitement précisées dans ce chapitre dans un souci de clarté. Ainsi, l'article 168, paragraphe 1, sous d), du NRdP mentionne explicitement que la requête doit contenir « les moyens et arguments de droit invoqués ainsi qu'un exposé sommaire desdits moyens ». De même, l'article 169 du NRdP dispose, dans son paragraphe 1, que les conclusions du pourvoi tendent à l'annulation, totale ou partielle, de la décision du Tribunal telle qu'elle figure au dispositif de cette décision. Dans la même logique, le paragraphe 2 exige clairement que les « moyens et arguments de droit invoqués identifient avec précision les points de motifs de la décision du Tribunal qui sont contestés ». Enfin, l'article 170, paragraphe 2, du NRdP impose de nouvelles exigences de motivation aux requérants lorsque ceux-ci demandent que l'affaire soit renvoyée devant le Tribunal.

Pour ce qui concerne les dispositions relatives aux mémoires en réponse, en réplique et en duplique, le chapitre deuxième du NRdP ajoute certaines précisions importantes. Désormais, aux termes de l'article 171, paragraphe 1, du NRdP, le pourvoi est « signifié aux autres parties à l'affaire en cause devant le Tribunal », contrairement à la signification à « toutes les parties » intervenant

⁴¹ Pour une étude du pourvoi, voy. la contribution de C. Naômé, dans le présent ouvrage.

auparavant. Cette précision devrait permettre de circonscrire le nombre de personnes auxquelles le pourvoi doit être signifié. En outre, si les articles 173 et 174 du NRdP clarifient les exigences relatives au contenu du mémoire en réponse et aux conclusions du mémoire en réponse, l'article 175 du NRdP vient préciser le traitement des mémoires en réplique et duplique, sans le modifier en substance.

S'agissant des pourvois sur lesquels il est statué par voie d'ordonnance et faisant l'objet du chapitre cinquième du NRdP, une nouvelle disposition, à savoir l'article 182 du NRdP, tend à rendre la procédure plus efficace lorsque la Cour considère que le pourvoi est manifestement fondé. Cet article dispose que, dans cette hypothèse, lorsque la Cour a déjà statué sur une ou plusieurs questions de droit identiques à celles soulevées par les moyens du pourvoi, principal ou incident, elle peut, sur proposition du juge rapporteur, les parties et l'avocat général entendus, décider de déclarer ce pourvoi manifestement fondé par voie d'ordonnance motivée comportant à référence à la jurisprudence pertinente.

Enfin, le chapitre septième modifie certains aspects concrets relatifs aux dépens et à l'aide juridictionnelle dans le cadre des pourvois. D'une part, pour ce qui concerne les dépens, l'article 184, paragraphe 4, du NRdP consacre une nouvelle règle. Cette disposition prévoit que « [l]orsqu'elle n'a pas, elle-même, formé le pourvoi, une partie intervenante en première instance ne peut être condamnée aux dépens dans la procédure de pourvoi que si elle a participé à la phase écrite ou orale de la procédure devant la Cour ». D'autre part, l'aide juridictionnelle demeure essentiellement inchangée. L'article 186, paragraphe 3, du NRdP précise toutefois que l'introduction d'une telle aide suspend « pour celui qui l'a formée, le délai prévu pour l'introduction du pourvoi jusqu'à la date de la signification de l'ordonnance statuant sur cette demande ».

S'agissant des pourvois incidents, le NRdP les distingue expressément du pourvoi principal. En effet, le NRdP consacre deux chapitres au pourvoi incident (les chapitres troisième et quatrième). Ces chapitres entendent mettre en exergue, d'une part, que le pourvoi incident doit être distingué du mémoire en défense. Ainsi, aux termes de l'article 176, paragraphe 2, du NRdP, le pourvoi incident doit être formé « par acte séparé, distinct du mémoire en réponse ». De plus, les moyens et arguments invoqués dans le cadre du pourvoi incident doivent être distincts des moyens et arguments invoqués dans le mémoire en réponse.⁴² L'article 183 du NRdP met en évidence, d'autre part, le fait que le sort du pourvoi incident est lié au sort du pourvoi principal.

⁴² Voy. l'article 178, paragraphe 3, du NRdP.

C. La procédure de réexamen, la procédure d'avis et les procédures particulières

À la différence du règlement de 1991 qui confiait la procédure de réexamen au Président de la Cour et aux présidents de chambre à cinq juges, le NRdP prévoit, en s'inspirant du modèle de la chambre PPU, qu'une chambre à cinq juges est désignée pour réexaminer les décisions du Tribunal conformément à l'article 62 du statut de la Cour, pendant une période d'une année⁴³. La chambre de réexamen décide s'il y a lieu de réexaminer la décision du Tribunal et statue au fond. Toutefois, elle peut demander à la Cour de renvoyer l'affaire à une formation de jugement plus importante.

S'agissant de la procédure d'avis, la modification la plus significative concerne les avocats généraux. Alors que le règlement de 1991 prévoyait que la Cour rend son avis, « les avocats généraux entendus », l'article 197 du NRdP dispose que, « dès la présentation de la demande d'avis, le président désigne le juge rapporteur et le premier avocat général attribue l'affaire à un avocat général ». De plus, outre les institutions, la demande d'avis est désormais signifiée aux États membres.

Enfin, en ce qui concerne les procédures particulières, il est intéressant de mentionner l'article 206 du NRdP qui est consacré aux demandes visées à l'article 269 TFUE, lequel permet à la Cour de se prononcer, dans un délai d'un mois, sur la légalité d'un acte adopté par le Conseil européen ou par le Conseil en vertu de l'article 7 TUE, mais uniquement en ce qui concerne le respect des seules prescriptions de procédure prévues par ledit article. Tout en respectant le délai d'un mois prévu à l'article 269 TFUE, l'article 206 NRdP dispose que, à la demande de l'État membre intéressé, du Conseil européen ou du Conseil, ou d'office, la Cour peut décider que la procédure devant elle comporte également une audience de plaidoiries.

⁴³ Voy. l'article 191 du NRdP. Pour une étude de la procédure de réexamen, voy. la contribution de M. Brkan dans le présent ouvrage.

Conclusion

Un an après son entrée en vigueur, il est encore trop tôt pour apprécier si les réformes introduites par le NRdP ont permis d'atteindre les objectifs ayant sous-tendu sa refonte.

Cela étant, un examen des principales modifications et innovations apportées par le NRdP révèle que celles-ci visent à assurer un traitement efficace des affaires, dans la perspective de permettre à la Cour de se prononcer dans les délais les plus brefs tout en offrant aux parties une justice de qualité.

CHAPITRE 3. LES DROITS DE LA DÉFENSE ET LES (AUTRES) DROITS FONDAMENTAUX DEVANT LES JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE

Antoine BAILLEUX¹

Introduction

Présument une connaissance générale du régime de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, la présente étude vise à présenter et à analyser, à la lumière des développements récents dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la « CJUE »), une série de questions touchant tantôt au statut des droits fondamentaux en général (I), tantôt à la protection des droits de la défense en particulier (II).

I. – Le régime des droits fondamentaux après Lisbonne

L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la faveur du traité de Lisbonne a amené dans son sillage une série de questions difficiles. Deux de ces questions nous paraissent pouvoir faire l'objet d'une analyse circonstanciée à la lumière des arrêts rendus, depuis le 1^{er} décembre 2009, par les juridictions de l'Union². La première a trait à l'opposabilité de la Charte aux États membres et aux particuliers (A). La seconde concerne la persistance et le statut des *autres* sources de droits fondamentaux,

¹ L'auteur est professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et avocat au barreau de Bruxelles. Il peut être contacté à l'adresse bailleux@fusl.ac.be. Cette recherche a été réalisée dans le cadre du Pôle d'Attraction Interuniversitaire (P.A.I.) « The global challenge of human rights integration : Towards a users' perspective » (<http://www.hrintegration.be>).

² C'est donc volontairement que nous laissons de côté l'épineuse question de la distinction entre droits et principes, sur laquelle les juridictions de l'Union ne se sont pas encore penchées, à la différence de certains avocats généraux. Voy. p. ex. les conclusions présentées le 8 septembre 2011 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, non encore publiée au *Rec.*, points 75-79 ; les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire *Association de médiation sociale*, C-176/12, non encore publiée au *Rec.*, points 50 à 56.

telles que la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après, la « CEDH »), les principes généraux du droit de l'Union et les constitutions nationales (B).

A. L'opposabilité de la Charte aux États membres et aux particuliers

1. L'opposabilité de la Charte aux États membres

L'article 51 de la Charte règle le problème du champ d'application de la Charte en affirmant que celle-ci lie les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que les États membres « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ».

Au premier abord, cette formulation peut surprendre³. Le critère qu'elle institue (la « mise en œuvre du droit de l'Union ») semble en effet plus restrictif que celui qui fut classiquement utilisé par la Cour de justice pour déterminer le champ d'application des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux, et en vertu duquel les États membres sont tenus au respect de ces droits dès lors qu'ils agissent « dans le champ d'application du droit de l'Union ».

Certains ont déduit de la formulation de l'article 51 qu'elle enjoint la Cour à faire marche arrière et à limiter son contrôle aux seuls actes nationaux qui exécutent ou transposent une mesure de droit dérivé⁴. La plupart des auteurs, cependant, s'accordent à dire que cette formulation sciemment ambiguë

³ Voy. à ce sujet, en particulier, l'excellent article de P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *C.M.L.R.*, 2002, vol. 39, pp. 945-994. Voy. en outre, *ex multissimis*, L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *M.J.*, 2001, pp. 68-101 ; A. ARNULL, « Protecting Fundamental Rights in Europe's New Constitutional Order », in T. TRIDIMAS et P. NEBBIA (eds.), *European Union Law for the Twenty-First Century*, Oxford, Hart, 2004, pp. 95-112, spéc. pp. 99-102 ; P. CAROZZA, « The Member States », in S. PEERS, A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2004, pp. 35-58, spéc. pp. 43-45 ; R. DAVIS, « A Brake ? The Union's New "Bill of Rights" », *E.H.R.L.R.*, 2005, pp. 449-460, spéc. pp. 455-456 ; O. DE SCHUTTER, « La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 117-147, spéc. pp. 124-125 ; P. GOLDSMITH, « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », in W. HEUSEL (ed.), *The Charter of Fundamental Rights and Constitutional Development in the EU*, 2002, Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, Bundesanzeiger, pp. 35-42, spéc. pp. 37-38 ; S. KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, « Incorporating the Charter into the Constitutional Treaty : What Future for Fundamental Rights ? », in C.G. RODRIGUEZ IGLESIAS *et al.*, *Problèmes d'interprétation - À la mémoire de Constantinos N. Kakouris*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 2004, pp. 223-258, spéc. pp. 248-252.

⁴ Voy. e.a. F. PICOD, « Article II-111 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 651.

n'entend pas revenir sur les acquis jurisprudentiels et autorise la Cour à contrôler toute action des États membres qui se situe dans le champ d'application du droit de l'Union⁵.

La Cour de justice conforte cette seconde thèse en filigrane lorsque, pour constater que le prescrit de l'article 51, § 1^{er}, de la Charte n'est pas satisfait, elle affirme qu'« il ne résulte pas de la décision de renvoi [préjudiciel] que la réglementation nationale constitue une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union ou présente d'autres éléments de rattachement à ce droit »⁶. Dans son arrêt *Dereci*, la Cour laisse du reste entendre que le critère applicable est bien celui du « champ d'application du droit de l'Union »⁷. Les explications *ad* article 51 semblent également confirmer cette seconde thèse dès lors que, références jurisprudentielles à l'appui, elles exposent que « l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union » (nous soulignons).

Les difficultés ne se dissipent toutefois pas lorsque l'on s'est mis d'accord sur le critère déterminant l'applicabilité de la Charte à l'égard des États membres. C'est que toute la difficulté réside bien sûr dans la capacité à délimiter ce « champ d'application du droit de l'Union ». À cet égard, force est d'observer que la Cour continue de louvoyer entre interprétations frileuses⁸ et généreuses⁹ de ce champ d'application, optant parfois pour un silence qui semble

⁵ En ce sens, voy. e.a. E. BRIBOSIA et O. DE SCHUTTER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *J.T.*, 2001, spéc. pp. 283-284 ; L. AZOULAI, « Article II-113 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, pp. 701-703. *Adde*, P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford, University Press, 2010, pp. 210-213.

⁶ C.J., 7 juin 2012, *Vinkov*, C-27/11, non encore publié au *Rec.*, point 59 (nous soulignons). Dans le même sens, voy. e.a. C.J., 12 novembre 2010, *Aspahurov Estov*, C-339/10, *Rec.*, p. I-11465, point 14, et C.J., 23 mai 2011, *Rossius*, C-267/10 et C-268/10, *Rec.*, p. 81, point 19.

⁷ C.J., 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, non encore publié au *Rec.*, point 72.

⁸ Voy. p. ex. C.J., 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, non encore publié au *Rec.*, points 178 à 182, C.J., 17 janvier 2013, *Mohamad Zakaria*, C-23/12, non encore publié au *Rec.*, points 40 et 41, et C.J., 19 septembre 2013, *Montull*, C-5/12, non encore publié au *Rec.*, points 71 à 73. Voy. aussi les arrêts rendus par la Cour (avec le même juge rapporteur) dans les affaires *Iida* (8 novembre 2012, C-40/11, non encore publié au *Rec.*, points 79 à 80) et *Ymeraga* (8 mai 2013, C-87/12, non encore publié au *Rec.*, points 41 et 42) qui, reprenant une solution dégagée dans un ancien arrêt, disposent que pour déterminer l'applicabilité de la Charte, « il y a lieu de vérifier, parmi d'autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter » (nous soulignons). Dans ces deux arrêts, la Cour en déduit que l'invocation d'une disposition visant à mettre en œuvre le droit de l'Union ne suffit pas nécessairement à déclencher l'applicabilité de la Charte.

⁹ Voy. les exemples mentionnés ci-dessous.

quelque peu embarrassé, peut-être voué à dissimuler des dissensions internes¹⁰. Ces atermoiements n'ont pas manqué de trouver écho dans les conclusions des avocats généraux, qui de longue date s'emploient à introduire un peu de sécurité juridique dans la casuistique de la Cour sur cette question¹¹.

Sans prétendre faire le tour d'une question éminemment complexe, il semble possible de distinguer les actes des États membres qui rentrent *certainement* (i) dans le cadre du droit de l'Union, et ceux qui en relèvent *vraisemblablement* (ii).

(i) La Cour est indubitablement compétente pour contrôler le respect des droits fondamentaux à l'égard de :

- Une mesure nationale d'exécution d'un règlement ou d'une décision émanant de l'Union européenne¹². Dans cette hypothèse, les autorités nationales agissent comme de simples agents chargés d'appliquer et de faire respecter les prescrits du droit de l'Union sans disposer de quelque pouvoir discrétionnaire que ce soit.
- Un acte administratif ou juridictionnel posé par un État membre dans un domaine couvert par une directive¹³, un règlement¹⁴ ou une décision-cadre¹⁵.
- Une mesure nationale de transposition d'une directive européenne après écoulement du délai de transposition. Le pouvoir discrétionnaire dont

¹⁰ C.J., 5 juin 2012, *Bonda*, C-489/10, non encore publié au *Rec.*, arrêt dans lequel la Cour élude la question de l'applicabilité de la Charte alors même que cette question avait fait l'objet de développements substantiels dans les conclusions de l'avocat général Kokott.

¹¹ Voy. e.a. les conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 9 décembre 1992 dans l'affaire *Konstantinidis*, C-168/91 (*Rec.*, 1992, p. I-6577), et celles présentées le 30 mai 2005 dans l'affaire *Niebuill*, C-96/04 (*Rec.*, 2006, p. I-3561), les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 12 septembre 2007 dans l'affaire *Centro Europa 7*, C-380/05 (*Rec.*, 2008, p. I-349), et les conclusions de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Ruiz Zambrano*, C-34/09 (*Rec.*, 2011, p. I-1177). Sur ces trois propositions, voy. A. BAILLEUX et E. BRIBOSIA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in S. VAN DROOGHENBROECK et P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement. Questions choisies d'actualité*, Bruxelles, Anthémis, 2012, pp. 73-151, spéc. pp. 114-116. Voy. encore les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publiée au *Rec.*

¹² Voy. p. ex. C.J., 13 juillet 1989, *Wachauf*, C-5/88, *Rec.*, p. 2609.

¹³ Voy. p. ex. C.J., 28 octobre 1975, *Roland Rutili*, C-36/75, *Rec.*, p. 1219, et C.J., 29 avril 2004, *Orfanopoulos et Oliveri*, C-482/01 et C-493/01, *Rec.*, p. I-5257. Pour le cas d'un État qui se prévaut d'un droit qui lui est offert par le droit de l'Union, voy. C.J., 22 octobre 2013, *Sabou*, C-276/12, non encore publié au *Rec.*, points 26 et 27.

¹⁴ C.J., 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411/10 et C-493/10, non encore publié au *Rec.*

¹⁵ Voy. C.J., 16 juin 2005, *Pupino*, C-105/03, *Rec.*, p. I-5285, et C.J., 9 octobre 2008, *Katz*, C-404/07, *Rec.*, p. I-7607. Dans le même sens, E. SPAVENTA, « Remembrance of Principles Lost : on Fundamental Rights, the Third Pillar and the Scope of Union Law », *Y.E.L.*, vol. 25, pp. 153-176, spéc. pp. 170-172 ; A. EGGER, « EU-Fundamental Rights in the National Legal Order : The Obligations of Member States Revisited », *Y.E.L.*, 2006, spéc. p. 528.

dispose l'État membre dans ce cadre ne l'exonère pas du respect des droits fondamentaux consacrés dans l'ordre juridique de l'Union¹⁶.

- Une mesure nationale portant *prima facie* atteinte à une liberté économique de circulation¹⁷. L'hypothèse est ici celle d'un acte – ou d'une omission d'agir – qui gêne l'exercice d'une des libertés de circulation consacrées dans le traité. La simple existence de cette gêne fait rentrer l'acte ou l'omission en question dans le champ d'application du droit de l'Union, et le ou la soumet donc au respect des droits fondamentaux de l'Union.

(ii) Au vu de la jurisprudence et des commentaires doctrinaux qui s'y rapportent, il semble vraisemblable de considérer que sont également soumis au respect des droits fondamentaux reconnus dans l'ordre juridique de l'Union :

- Une mesure de *transposition* d'une directive d'harmonisation *minimale* qui va plus loin que les prescrits de celle-ci¹⁸. En d'autres termes, la liberté laissée aux États d'instaurer un régime plus restrictif ou protecteur que celui établi par la directive ne soustrait pas ces États au devoir de respecter les droits fondamentaux reconnus dans l'Union européenne¹⁹.
- Une mesure nationale qui *renvoie* au contenu d'une norme de droit dérivé dans un domaine étranger au droit de l'Union²⁰.

¹⁶ Voy. p. ex. C.J., 19 septembre 2006, *Wilson*, C-506/04, *Rec.*, p. I-8613, C.J., 17 décembre 1998, *Borsana*, C-2/97, *Rec.*, p. I-8597, point 48, C.J., 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture*, C-20/00 et C-64/00, *Rec.*, p. I-7411, point 88, et C.J., 3 mai 2005, *Berlusconi*, C-387, 391 et 403/02, *Rec.*, p. I-3565.

¹⁷ C.J., 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, C-352/85, *Rec.*, p. 2085, C.J., 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, *Rec.*, p. I-2925, C.J., 26 juin 1997, *Vereinigste Familiapress*, C-368/95, *Rec.*, p. I-3689, C.J., 11 juillet 2002, *Carpenter*, C-60/00, *Rec.*, p. I-6279, et C.J., 13 décembre 2007, *United Pan-Europe*, C-250/06, *Rec.*, p. I-11135. Depuis ses origines, cette jurisprudence a fait l'objet de certaines contestations en doctrine : voy. e.a. J. COPPEL et A. O'NEILL, « The European Court of Justice : Taking Rights Seriously ? », *C.M.L.Rev.*, 1992, vol. 29, pp. 669-692 ; F. JACOBS, « Human Rights in the European Union : the Role of the Court of Justice », *E.L.R.*, 2001, pp. 331-341. Elle a du reste été abandonnée par la Cour le temps d'un arrêt : C.J., 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, C-60/84, *Rec.*, p. 2605.

¹⁸ Voyez les conclusions présentées le 6 décembre 2011 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, C-472/10, non encore publiée au *Rec.*, point 54. Dans le même sens F. DE CECCO, « Room to Move ? Minimum Harmonization and Fundamental Rights », *C.M.L.Rev.*, 2006, vol. 43, pp. 9-30. *Contra*, E. SPAVENTA, « Remembrance of Principles Lost... », *op. cit.*, spéc. pp. 173-174.

¹⁹ Voy. cependant, à propos d'une décision-cadre, C.J., 15 septembre 2011, *Gueye*, C-483/09 et C-1/10, *Rec.*, p. I-8263, points 66 à 69.

²⁰ Voy. e.a. C.J., 11 janvier 2001, *Kofisa Italia*, C-1/99, *Rec.*, p. I-207, et C.J., 2 mars 2010, *Salahadin Abdulla e.a.*, C-175/08 e.a., *Rec.*, p. I-1493. Comp. C.J., 7 novembre 2013, *Romeo*, C-313/12, non encore publié au *Rec.* Pour être précis, il convient d'observer que ce type de situation ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, mais que la Cour se considère néanmoins autorisée à contrôler le respect des droits fondamentaux en vue d'éviter le développement d'interprétations divergentes du droit de l'Union.

- Un acte individuel qui *touche* une question réglée par une mesure de droit dérivé dans un contexte *étranger* au droit de l'Union²¹.
- Une mesure nationale qui *rend impossible* l'exercice de la libre circulation des *citoyens* consacré à l'article 21 TFUE. Dans son arrêt *Ruiz Zambrano* du 8 mars 2011, la Cour n'hésite pas à déclarer contraire au statut de citoyen européen contenu à l'article 20 TFUE toute mesure nationale « ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union »²². Il ressort d'arrêts ultérieurs qu'une atteinte aux droits fondamentaux du citoyen de l'Union n'entraîne pas nécessairement une privation de la jouissance effective de l'essentiel de leurs droits²³. En revanche, il semble que si une mesure aboutissait à rendre impossible l'exercice de la libre circulation des citoyens, cette mesure tomberait dans le champ d'application du droit de l'Union et serait également soumise au contrôle de sa conformité au regard des droits fondamentaux²⁴.
- Une mesure qui, en vertu de la jurisprudence *Keck et Mithouard*²⁵, tombe en dehors du champ d'application de la libre circulation des marchandises²⁶.

2. L'opposabilité de la Charte aux particuliers

À en croire l'article 51, § 1^{er}, de la Charte, les autorités de l'Union européenne et les États membres sont les seuls débiteurs des droits et principes qui

²¹ C.J., 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, *Rec.*, p. I-12971, et C.J., 20 mai 2003, *Rechnungshof*, C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Rec.*, p. I-4989. Voy. aussi, *mutatis mutandis*, C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.*

²² C.J., 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, *Rec.*, p. I-1177, point 42.

²³ Voy. spéc. C.J., 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, *Rec.*, p. I-3355, points 49 et 50, C.J., 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, non encore publié au *Rec.*, points 68 et 72, C.J., 6 décembre 2012, *O. et S.*, C-356/11 et C-357/11, non encore publié au *Rec.*, point 52, C.J., 8 mai 2013, *Ymeraga*, C-87/12, non encore publié au *Rec.*, point 38, et C.J., 10 octobre 2013, *AdzoDomenyoAlokpa*, C-86/12, non encore publié au *Rec.*, point 32. À ce sujet, voy. A. Von BOGDANDY *et al.*, « Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States », *C.M.L.Rev.*, 2012, vol. 49, pp. 489-520, qui proposent de considérer que l'essentiel des droits d'un citoyen sont affectés lorsqu'il est démontré qu'un État membre ne protège plus l'« essence » des droits fondamentaux consacrés à l'article 2 TUE. Cette démonstration suffirait à attirer la situation en cause dans l'orbite du droit de l'Union et, dès lors, à fonder la compétence de la Cour de justice. Pour une réaction et un point de vue plus descriptif, voy. I. CANOR, « *My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe"* », *C.M.L.Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 383-422.

²⁴ Voy. en particulier C.J., 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, C-256/11, non encore publié au *Rec.*, points 70 à 74.

²⁵ C.J., 24 novembre 1993, *Keck & Mithouard*, C-267 et 268/91, *Rec.*, p. I-6097.

²⁶ C.J., 25 mars 2004, *Karner*, C-71/02, *Rec.*, p. I-3025.

y sont consacrés. Les dispositions de la Charte ne semblent donc pas pouvoir être invoquées à l'encontre de *particuliers*²⁷.

Comme l'observe très justement l'avocat général Trstenjak, cette conclusion est confirmée par le fait « que les particuliers ne peuvent pas non plus respecter la réserve légale prévue à l'article 52, paragraphe 1, de la charte ("Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi") [; c]ette condition, propre à un État de droit, et à laquelle sont subordonnées les atteintes aux droits fondamentaux, ne peut, par nature, s'adresser qu'à l'Union et à ses États membres en tant que représentants de la puissance publique »²⁸.

Ce constat appelle toutefois plusieurs tempéraments.

Premièrement, il n'est pas contestable que certaines libertés de *circulation* jouissent, au moins dans une certaine mesure, de ce que l'on appelle traditionnellement l'effet direct horizontal. La Cour a ainsi jugé que des dispositions du traité sur la liberté d'établissement²⁹, la libre circulation des travailleurs³⁰ et la libre prestation des services³¹ pouvaient être invoquées à l'encontre d'organismes privés³². Or, ces libertés sont reprises à l'article 15, § 2, de la Charte. Dans le même sens, on rappellera que la Cour a de longue date conclu à l'applicabilité horizontale du principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes, consacré aux articles 157 TFUE et 23 de la Charte³³. Il en résulte qu'au moins une poignée des droits consacrés par la Charte jouissent d'un certain degré d'applicabilité directe horizontale. Par ailleurs, on ne peut totalement exclure que, dans le souci d'éviter le développement d'une « Charte à deux vitesses », la Cour étende aux autres droits qui y sont consacrés la portée horizontale qu'elle reconnaît aux libertés de circulation. Du reste, les critiques récurrentes relatives à la prévalence de l'« Europe du marché » sur celle des droits de l'homme ne peuvent qu'inciter la Cour à œuvrer dans cette direction.

²⁷ *Contra*, voy. les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire *Association de médiation sociale*, C-176/12, non encore publiée au *Rec.*, points 28 à 31.

²⁸ Conclusions présentées le 8 septembre 2011 dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, non encore publiée au *Rec.*, point 83.

²⁹ C.J., 19 février 2002, *Wouters*, C-309/99, *Rec.*, p. I-1577, point 120, et C.J., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, *Rec.*, p. I-10779, point 33.

³⁰ C.J., 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, C-36/74, *Rec.*, p. 1405, point 17, C.J., 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, *Rec.*, p. I-4921, point 82, et C.J., 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, *Rec.*, p. I-4139, point 31.

³¹ C.J., 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, C-36/74, *Rec.*, p. 1405, C.J., 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et C-191/97, *Rec.*, p. I-2549, point 47, et C.J., 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, *Rec.*, p. I-11767, point 98.

³² Pour une timide ouverture à l'invocabilité directe horizontale de la libre circulation des marchandises, voy. C.J., 12 juillet 2012, *Fra.bo*, C-171/11, non encore publié au *Rec.*

³³ Voy. C.J., 8 avril 1976, *Defrenne II*, C-43/35, *Rec.*, p. 455, point 39.

Ensuite, on observera que la Cour reconnaît *déjà* aux droits fondamentaux un effet direct horizontal dans les litiges qui les mettent aux prises aux libertés de circulation susmentionnées. La Cour admet en effet qu'un groupement de particuliers ou qu'un organisme privé puisse se prévaloir de l'exercice de ses droits fondamentaux pour justifier une atteinte à une liberté de circulation invoquée par un autre particulier³⁴. Dans de telles circonstances, il est vrai, le droit fondamental fait simplement office de *bouclier*, de justification destinée à montrer que le droit de l'Union européenne n'a pas été violé.

Enfin, on notera l'applicabilité directe horizontale conférée par la Cour de justice au principe de non-discrimination en fonction de l'âge, consacré à l'article 21 de la Charte et concrétisé par la Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. D'une part, la Cour a estimé que ce principe s'imposait aux partenaires sociaux lorsqu'ils concluent des conventions collectives³⁵. D'autre part, dans ses arrêts *Mangold*³⁶ et *Kücükdeveci*³⁷, la Cour a reconnu aux particuliers le droit de se prévaloir dudit principe pour faire obstacle, dans un litige entre personnes privées, à l'application d'une mesure nationale qui y porterait atteinte³⁸. Il est à ce stade difficile de cerner les contours exacts de cette jurisprudence, dont il n'est pas certain qu'elle puisse bénéficier à l'ensemble des droits fondamentaux ayant fait l'objet d'une mise en œuvre par le biais d'une directive³⁹. À cet égard, on observera que cette « invocabilité d'éviction » a été implicitement rejetée par la Cour dans son arrêt *Dominguez* relatif au droit au congé annuel payé⁴⁰. Il est difficile de réconcilier ces solutions divergentes, qui ne paraissent

³⁴ Voy. C.J., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, *Rec.*, p. I-10779, point 77, et C.J., 18 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, *Rec.*, p. I-11767, point 103. Voy. aussi, *mutatis mutandis*, C.J., 15 juillet 2010, *Commission/Allemagne*, C-271/08, *Rec.*, p. I-7091, points 36 à 50. Dans le même sens, voy. les conclusions présentées le 28 mars 2012 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Fra.bo*, C-171/11, non encore publiée au *Rec.*, point 56.

³⁵ Voy. C.J., 8 septembre 2011, *Hennigs*, C-297 et C-298/10, *Rec.*, p. I-2965, points 67 et 68.

³⁶ C.J., 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, *Rec.*, p. I-9981.

³⁷ C.J., 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, *Rec.*, p. I-365.

³⁸ La Cour a jugé que ces cas de figure reentraient dans le champ d'application du droit de l'Union dès lors que la législation nationale visait à transposer la Directive 2000/78 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*Mangold*) ou que cette législation concernait une matière visée par cette directive (*Kücükdeveci*). En revanche, ne rentre pas dans le champ d'application du droit de l'Union une violation commise avant l'expiration du délai de transposition de la Directive 2000/78 : C.J., 23 septembre 2008, *Bartsch*, C-427/06, *Rec.*, p. I-7245, point 24, et C.J., 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, *Rec.*, p. I-3591, points 60 à 64.

³⁹ En ce sens, voy. G. THÜSING et S. HORLER, Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Sweden*, *C.M.L.Rev.*, 2010, pp. 1161-1172. Sur cet arrêt, voy. également E. DUBOUT, « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le bateau ivre a-t-il sombré ? », *R.T.D.E.*, 2010, pp. 277-291 ; E. BRIBOSIA et T. BOMBOIS, « Interdiction de la discrimination en raison de l'âge : du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations... », *R.T.D.E.*, 2011, pp. 41-84.

⁴⁰ C.J., 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, non encore publié au *Rec.* Voy. en revanche les conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 18 juillet 2013 dans l'affaire C-176/12 *Association de médiation*

pas pouvoir s'expliquer par des différences dans le degré d'impérativité des droits en cause⁴¹, et qui laissent planer le spectre de la hiérarchisation tant redoutée entre droits fondamentaux de la première (principe de non-discrimination et d'égalité de traitement) et de la seconde (droit au congé annuel payé) génération. Il est dès lors impératif que la Cour dissipe toute ambiguïté sur ces questions, qui sont grosses de conséquences concrètes.

B. *Les rapports entre la Charte et les sources concurrentes des droits fondamentaux*

1. *Les principes généraux du droit*

Aux termes de l'article 6, § 3, TUE, « [l]es droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la [CEDH] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». On connaît l'origine historique de cette disposition, qui entérine l'élaboration d'un catalogue prétorien des droits fondamentaux par la Cour de justice.

Il convient toutefois de s'interroger sur l'*utilité* de cette référence aux principes généraux du droit dès lors que la Charte est désormais censée offrir un « recueil de droits fondamentaux faisant autorité et confirmant les principes généraux inhérents à l'état de droit et communs aux traditions constitutionnelles des États membres »⁴².

L'article 6, § 3, TUE ne semble pourtant pas dépourvu d'intérêt. On observera à cet égard que l'entrée en vigueur de la Charte le 1^{er} décembre 2009 n'a pas totalement empêché les juridictions de l'Union de continuer, dans certains

sociale, non encore publiée au *Rec.*, qui plaide pour l'invocabilité d'éviction du droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise. Voy. également C.J., 10 mai 2011, *Römer*, C-147/08, points 60 à 64, qui ouvre la possibilité d'une application par analogie de la jurisprudence *Mangold – Küçükdeveci* à l'interdiction de discrimination en raison de l'orientation sexuelle.

⁴¹ Comp. les conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*, points 160 à 163 et l'arrêt de la Cour dans cette même affaire, points 34 à 35.

⁴² Conclusions présentées par l'avocat général Sharpston le 18 octobre 2012 dans l'affaire *Radu*, C-396/11, non encore publiée au *Rec.*, point 48. Dans cette optique, il est assez logique que l'entrée en vigueur de Charte ne constitue pas un fait nouveau susceptible de justifier l'introduction d'un moyen nouveau au stade du pourvoi : C.J., 3 mai 2012, *Legris/Commission*, C-289/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 36. Pour une utilisation distincte de la Charte et des principes généraux du droit, voy. les conclusions présentées le 8 septembre 2010 par l'avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, non encore publiée au *Rec.*, points 69 et s. *Contra*, voy. les conclusions présentées le 19 mai 2011 par l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire *Prigge*, C-447/09, non encore publiée au *Rec.*, point 26, et les conclusions présentées par ce même avocat général dans l'affaire *Scarlet Extended*, C-70/10, *Rec.*, p. I-11959, points 29 à 34.

arrêts, à se référer aux seuls principes généraux du droit de l'Union pour établir l'existence d'un droit fondamental dans l'ordre juridique européen⁴³.

À y réfléchir, il semblerait que la voie des principes généraux puisse s'avérer utile dans deux cas différents. D'une part, elle permet d'assurer le développement d'un *bill of rights* européen au-delà des droits explicitement mentionnés dans la Charte. Pensons par exemple au principe d'individualité des peines, qui ne jouit pas d'une assise textuelle immédiate dans la Charte, mais qui a été érigé au rang de « principe » par le Tribunal⁴⁴. Songeons également au principe *nulla poena sine culpa*, « droit fondamental commun aux traditions constitutionnelles des États membres » qui, s'il n'est pas sans lien avec les articles 48 de la Charte et 6 de la CEDH, n'y est cependant pas explicitement mentionné⁴⁵.

D'autre part, on se rappellera que, dans l'arrêt *Kadi I*, la Cour a considéré que la protection des droits fondamentaux fait partie des « principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire »⁴⁶ et qu'à ce titre, elle fait échec à l'article 351 TFUE, selon lequel les États membres sont autorisés à déroger au droit de l'Union afin de satisfaire des obligations internationales antérieures à leur adhésion à l'Union. Ce raisonnement, qui permet à la Cour de contrôler la conformité, aux standards *européens* de droits fondamentaux, d'un règlement pris en exécution d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, aboutit à conférer aux droits fondamentaux un statut que l'on pourrait qualifier de « supra-constitutionnel » – des droits à l'application desquels rien ne fait obstacle : ni une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies, ni des engagements contractés par les États membres avant la constitution de l'Union, ni même une règle de droit primaire proclamant la primauté de tels engagements.

Si cette interprétation est correcte, force est d'en conclure que la catégorie des principes généraux du droit permet à la Cour de faire avec les droits

⁴³ Voy. p. ex. C.J., 29 septembre 2011, *Elf Aquitaine/Commission*, C-521/09 P, *Rec.*, p. I-8947, point 59, Trib., 20 septembre 2011, *Couture/OHMI*, T-232/10, *Rec.*, p. II-6469, point 68, Trib., 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt e.a./Commission*, T-443 et T-455/08, *Rec.*, p. II-1311, point 55, et Trib., 12 avril 2013, *CISAC/Commission*, T-442/08, non encore publié au *Rec.*, point 93. Pour une situation dans laquelle la Charte est simplement utilisée en vue d'établir l'existence d'un principe général de droit, voy. les conclusions présentées le 15 juillet 2010 par l'avocat général Jääskinen dans l'affaire *Römer*, C-147/08, *Rec.*, 2011, p. I-3591, points 130 et 131.

⁴⁴ Voy. not. Trib., 3 mars 2011, *Siemens AG Österreich/Commission*, T-122/07 à T-124/07, *Rec.*, p. II-793, point 122.

⁴⁵ Voy. les conclusions présentées le 28 février 2013 par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Schenker*, C-681/11, non encore publiée au *Rec.*, point 41.

⁴⁶ C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, point 304.

fondamentaux ce que la Charte lui interdit⁴⁷ : les élever à un statut supérieur à celui des autres normes du droit primaire⁴⁸.

2. La Convention européenne des droits de l'homme

La CEDH a longtemps revêtu une « une signification particulière »⁴⁹ dans l'identification des droits fondamentaux faisant partie des principes généraux du droit de l'Union. Cette jurisprudence a été en quelque sorte formalisée par l'article 6, § 3, TUE, qui dispose que les droits garantis par la CEDH font partie du droit de l'Union au titre des principes généraux. La Cour de justice est-elle pour autant tenue, dans le cadre de sa jurisprudence relative aux principes généraux, par le texte de la CEDH et par l'interprétation qu'en donne la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour eur. D.H. ») ? Certainement pas sur le plan du droit international général dès lors que l'Union n'a pas encore adhéré à la CEDH. Sur le plan du droit de l'Union, en revanche, la réponse semble devoir être affirmative⁵⁰. Certes, comme a pu l'affirmer la Cour, la CEDH « ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union »⁵¹. De même, « la référence que fait l'article 6, paragraphe 3, TUE à la CEDH n'impose pas au juge national, en cas de conflit entre une règle de droit national et la CEDH, d'appliquer directement les dispositions de ladite convention, en écartant l'application de la règle de droit national incompatible avec celle-ci »⁵². L'article 6 TUE fait toutefois de la CEDH une source, « matérielle » sans doute, mais néanmoins directe et obligatoire, des « principes généraux du droit

⁴⁷ Rappelons que l'article 6, § 1^{er}, TUE confère à la Charte la *même* valeur juridique que les traités.

⁴⁸ On notera à cet égard les références aux principes généraux du droit dans l'arrêt de la C.J., 16 novembre 2011, *Bank Mellî Iran c. Conseil*, C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, point 105, et C.J., 23 décembre 2009, *Spector Photo Group*, C-45/08, *Rec.*, p. I-12073, points 40 et 41.

⁴⁹ La CEDH fut citée pour la première fois par la Cour de justice dans un arrêt du 28 octobre 1975, *Roland Rutili*, C-36/75 (*Rec.*, p. 1219) avant de se voir reconnaître une « signification particulière » (voy. e.a. C.J., 21 septembre 1989, *Hoechst/Commission*, C-46/87, *Rec.*, p. 2859, point 13, C.J., 6 mars 2001, *Connolly/Commission*, C-274/99 P, *Rec.*, p. I-1611, point 37, C.J., 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, *Rec.*, p. I-9011, point 23, et C.J., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, *Rec.*, p. I-5659, point 71). Depuis avril 2009 (juillet 2011 pour le Tribunal), la Cour semble avoir renoncé à ce vocable. La perspective de l'entrée en vigueur de la Charte n'y a sûrement pas été pour rien...

⁵⁰ En ce sens, voy. B. DE WITTE, « The Use of the ECHR and Convention Case Law by the European Court of Justice », in P. POPELIER *et al.* (dir.), *Human rights protection in the European legal order : The interaction between the European and the national courts*, Cambridge – Anvers – Portland, Intersentia, 2011, pp. 17-34.

⁵¹ C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.*, point 44, et C.J., 24 octobre 2013, *Kone/Commission*, C-510/11 P, point 21.

⁵² C.J., 24 avril 2012, C-571/10, *Servet Kamberaj*, non encore publié au *Rec.*, point. 63. Dans le même sens, voy. C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.*, point 44.

de l'Union ». La Cour elle-même semble reconnaître cet état de fait dans certains de ses arrêts⁵³.

Par ailleurs, la Charte des droits fondamentaux rend la CEDH encore un peu plus incontournable – sans pour autant la rendre indépassable – pour la CJUE. L'article 52, §§ 3 et 4, de la Charte dispose que dans la mesure où les droits contenus dans la Charte correspondent à des droits reconnus dans la CEDH, ils doivent être interprétés conformément à celle-ci. L'article 52, § 3, de la Charte ajoute que cette obligation d'interprétation harmonieuse « ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Quant à l'article 53, il prévoit qu'« [a]ucune disposition de la présente charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union [...], la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme [...], ainsi que par les constitutions des États membres ».

La première consigne susmentionnée – l'obligation d'interprétation harmonieuse – s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour, qui a toujours pris en compte la CEDH dans le développement de son catalogue prétorien de droits fondamentaux. Les explications identifient du reste elles-mêmes les articles de la Charte dont le sens et la portée sont les mêmes que les articles correspondants de la CEDH ainsi que les articles dont le sens est le même, mais la portée plus étendue que les articles correspondants de la CEDH.

Si sa jurisprudence reflète le souci de la Cour de s'inscrire dans le sillage de son homologue strasbourgeoise⁵⁴, on ne peut cependant s'empêcher d'observer quelques velléités d'indépendance. La meilleure illustration en est fournie par l'arrêt *Åkerberg Fransson*, dans lequel la Cour – semblant suivre la position très audacieuse de son avocat général – paraît développer une conception autonome du principe *ne bis in idem* inscrit à l'article 50 de la Charte alors même qu'à lire les explications, cette disposition est le miroir de l'article 4 du Protocole n° 7 à la CEDH⁵⁵. Cette attitude semble peu compatible avec l'affirmation du vice-président de la Cour selon laquelle « [i]t would be very difficult for the

⁵³ Voy. e.a. C.J., 17 février 2009, *Elgafaji*, C-465/07, *Rec.*, p. I-921, point 28 : « la CEDH fait partie des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect » ; C.J., 6 décembre 2011, *Alexandre Achughbabian*, C-329/11, non encore publié au *Rec.*, point 49. Voy. aussi les conclusions présentées par l'avocat général Sharpston le 18 octobre 2012 dans l'affaire *Radu*, C-396/11, non encore publiée au *Rec.*, point 52 : « Les droits fondamentaux garantis par la convention [...] constituent des principes généraux du droit de l'Union ».

⁵⁴ Voy. p. ex. C.J., 5 octobre 2010, *J. McB.*, C-400/10 PPU, *Rec.*, p. I-8965, C.J., 22 décembre 2010, *DEB*, C-279/09, *Rec.*, p. I-13849, et C.J., 21 décembre 2011, *N.S.*, C-411 et C-493/10, non encore publié au *Rec.*

⁵⁵ C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.* Sur ceci, voy. A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin – À propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson* de la Cour de justice », *R.T.D.H.*, 2014 (à paraître). Voy. déjà aussi,

ECJ to interpret the provisions of the Charter in a way conflicting with those Explanations [;] otherwise, the ECJ would be engaging in judicial activism »⁵⁶.

La possibilité d'accorder une protection plus généreuse n'est quant à elle pas controversée, étant entendu que « la CEDH ne garantit qu'un niveau minimal de protection des droits fondamentaux, tandis que le droit de l'Union peut à tout moment accorder une protection plus étendue »⁵⁷. La Cour n'a cependant jusqu'à présent pas explicitement eu recours à cette faculté de dépassement de la CEDH, malgré les encouragements de certains avocats généraux⁵⁸.

Quant à l'article 53 de la Charte, il semble exclure un abaissement du niveau de protection des droits fondamentaux sous le « plancher » de la CEDH. À cet égard, on notera que la Cour de justice ne s'est jamais explicitement distanciée de son homologue strasbourgeoise. Force est toutefois d'observer que certains arrêts trahissent un « biais communautaire » peu compatible avec les standards posés par la Cour eur. D.H.⁵⁹.

Cette jurisprudence potentiellement discordante pose évidemment la question de l'adhésion de l'Union à la CEDH, qui aurait pour effet de placer l'Europe des Vingt-Huit sous la juridiction de la Cour eur. D.H. On le sait, cette

à propos du même principe *ne bis in idem*, C.J., 14 février 2012, *Toshiba/Commission*, C-17/10, non encore publié au *Rec.*

⁵⁶ K. LENAERTS, « Exploring the limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *European Constitutional Law Review* vol. 8, 2012, p. 402. Comp. l'autorité très relative accordée aux explications par l'avocat général Cruz Villalón dans ses conclusions dans l'affaire *Åkerberg Fransson* précitée : celui-ci s'interroge sur leur valeur juridique (« pour ce qu'elles valent ») et les traite comme le reflet d'une opinion ni plus éclairée, ni plus autorisée que les autres (« Je pense [que les explications] sont exactes à quelques nuances près ») (point 25).

⁵⁷ Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 29 avril 2010 dans l'affaire *Akzo Nobel Chemicals/Commission*, C-550/07 P, *Rec.*, p. I-8301, point 143.

⁵⁸ Voy. les conclusions de l'avocat général Sharpston présentées le 18 octobre 2012 dans l'affaire *Radu*, C-396/11, non encore publiée au *Rec.*, points 79-86. Pour un exemple de refus de recours à cette clause, voy. les conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 14 avril 2011 dans l'affaire *Solvay/Commission*, C-110/10, P, *Rec.*, 2011, p. I-10439, point 101.

⁵⁹ Le contraste est particulièrement frappant dans le domaine du droit de la concurrence, que les juridictions de l'Union rechignent à assimiler à du droit pénal pour l'application des garanties du procès équitable (voy. p. ex. Trib., 1^{er} juillet 2008, *Compagnie Maritime Belge/Commission*, T-276/04, *Rec.*, p. II-1277, point 66, C.J., 18 septembre 2003, *Volkswagen/Commission*, C-338/00 P, *Rec.*, p. I-9189, point 97), adoptant notamment une conception plutôt restrictive du principe *ne bis in idem* (14 février 2012, *Toshiba/Commission*, C-17/10, non encore publié au *Rec.*), du principe de l'impartialité objective (11 juillet 2013, *Ziegler/Commission*, C-439/11 P, non encore publié au *Rec.*) et du principe de l'égalité des armes (6 novembre 2012, *Otis*, C-199/11, non encore publié au *Rec.*). Sur cette question, voy. A. BAILLEUX, « The fiftieth shade of grey – Competition law, criministrative law and fairly fair trial », in A. WEYEMBERGH et F. GALLI, *Do labels still matter ? Blurring boundaries between criminal and administrative law. The influence of the EU*, Bruxelles, Publications de l'Université Libre de Bruxelles, à paraître en 2014 ; A. BAILLEUX, « Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », *R.T.D.E.*, 2010, pp. 31-54 ; Pour une discussion plus générale (quoiqu'un peu datée) des divergences de jurisprudence entre la CJUE et la Cour eur. D.H., voy. D. SPIELMANN, « Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts : Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities », in P. ALSTON, J. WEILER (eds), *The EU and Human Rights*, Oxford, OUP, 1999, pp. 757-780.

adhésion a été rendue possible – voire obligatoire – par l'article 6, § 2, TUE, en vertu duquel « [l']Union adhère à la [CEDH] »⁶⁰ et par l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 à la CEDH, dont l'article 17 dispose que « [l']Union européenne peut adhérer à la présente Convention »⁶¹. Les négociations d'adhésion ont débouché, fin 2011, sur la soumission par le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) du projet d'accord d'adhésion au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe⁶². Ce projet fut ensuite retravaillé et peaufiné au sein d'un groupe *ad hoc* « 47 + 1 », qui a rendu son rapport final au CDDH le 5 avril 2013⁶³.

Sans rentrer dans le détail de ce projet final, on observera qu'il porte sur l'adhésion de l'Union non seulement à la CEDH, mais aussi au Protocole additionnel (protection de la propriété, droit à l'instruction et droit à des élections libres) et au Protocole n° 6 à la CEDH (abolition de la peine de mort)⁶⁴. On notera par ailleurs que ce texte s'efforce de prendre en compte le souci de préservation de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne tel qu'exprimé notamment à l'article 6, § 2, TUE, et à l'article 3 du Protocole n° 8 annexé au traité de Lisbonne⁶⁵. Cette préoccupation se traduit notamment par l'instauration d'un mécanisme de codéfendeur, qui permet à l'Union de devenir partie à une affaire qui, quoique dirigée contre un État membre de l'Union, met indirectement en cause la compatibilité d'une disposition du droit de l'Union avec la CEDH⁶⁶. Inversement, ce mécanisme permet aux États membres de l'Union d'apparaître

⁶⁰ La procédure à suivre, particulièrement exigeante, est quant à elle décrite à l'article 218, § 8, TFUE.

⁶¹ Voy. aujourd'hui l'article 59 de la CEDH.

⁶² Voy. Rapport du CDDH au Comité des Ministres sur l'élaboration d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH (disponible à l'adresse : <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/CDDH_2011_009_fr.pdf> (dernière consultation le 5 novembre 2013).

⁶³ Voy. le Rapport final au CDDH disponible à l'adresse : <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_FR.pdf)> (dernière consultation le 5 novembre 2013).

⁶⁴ Les autres Protocoles « substantiels » (*i.e.*, ajoutant des droits à ceux reconnus par la Convention) demeurent en dehors du projet d'accord en raison du fait que tous les États membres ne les ont pas ratifiés. Il en est ainsi du Protocole n° 4 (interdiction de l'emprisonnement pour dette, libre circulation, non-expulsion des nationaux, et interdiction des expulsions collectives d'étrangers), auquel ni le Royaume Uni ni la Grèce n'ont adhéré, du Protocole n° 7 (garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers, droit à un double degré de juridiction en matière pénale, droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire, droit à ne pas être jugé ou puni deux fois et égalité entre époux), qui n'a été ratifié ni par l'Allemagne, ni par les Pays Bas, ni par le Royaume Uni, du Protocole n° 12 (interdiction générale de la discrimination), ratifié par seulement 8 États membres, et du Protocole n° 13 (interdiction de la peine de mort en toutes circonstances), auquel la Pologne n'a pas adhéré.

⁶⁵ Aux termes de ces dispositions, l'adhésion « ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités » et « n'affecte ni les compétences de l'Union ni les attributions de ses institutions ».

⁶⁶ Voy. article 3, § 2, du projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

dans une procédure dirigée contre l'Union lorsque la source de la violation alléguée réside dans le droit primaire de cette organisation⁶⁷.

L'intégrité de l'ordre juridique européen est également assurée par un système d'adaptation de la condition d'épuisement des voies de recours internes lorsqu'est en cause le droit de l'Union et que l'Union européenne apparaît en qualité de co-défenderesse devant la Cour eur. D.H. Ce dernier système a pour objectif de permettre l'implication de la Cour de justice préalablement à l'examen d'une question de violation de la CEDH par le droit de l'Union⁶⁸. Cela devrait permettre à la Cour de justice de préserver autant que faire se peut son monopole d'interprétation et d'appréciation de la validité des actes de l'Union et de corriger, le cas échéant, en interne d'éventuelles violations de la CEDH, avant que la Cour eur. D.H. ne les examine⁶⁹.

Ce projet ne deviendra pas du *hard law* à brève échéance. D'abord, il soulève une série de questions relatives à l'organisation interne de l'Union, qui doivent être réglées en son sein. Ensuite, ce projet est aujourd'hui soumis au contrôle de la Cour de justice qui, dans le cadre de sa compétence d'avis, sera amenée à se prononcer sur sa compatibilité avec le droit primaire⁷⁰. Enfin, une fois surmontés ces obstacles « techniques », l'accord n'entrera en vigueur que pour autant qu'il soit approuvé par le Conseil de l'Union à l'unanimité et après avoir été ratifié (ou signé sans réserve de ratification) par l'ensemble des États parties au Conseil de l'Europe (et, par hypothèse, à l'Union européenne).

On aurait toutefois tort de conclure que, dans l'attente de l'adhésion formelle de l'Union à la CEDH, les actes adoptés dans le cadre du droit de l'Union échappent complètement à la compétence de la Cour eur. D.H. Les organes de Strasbourg ont en effet très tôt considéré que le transfert des compétences d'un État à une organisation internationale n'exonérerait pas cet État de sa responsabilité envers la CEDH dans l'exercice de ces compétences⁷¹. Les limites

⁶⁷ Voy. article 3, § 3, du projet révisé précité.

⁶⁸ Voy. article 3, § 6, du projet révisé précité.

⁶⁹ Pour une première analyse des mécanismes prévus dans le projet d'accord d'adhésion, voy. notamment X. GROUSSOT, T. LOCK et L. PECH, « Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011 », *Questions d'Europe*, n° 218, 7 novembre 2011, disponible en ligne sur le site de la Fondation Robert Schuman (<www.robert-schuman.eu>) ; C. LADENBURGER, « Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.E.*, 2011, vol. 47, n° 1, pp. 20 et s. ; F. BENOÎT-ROHMER, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », *J.D.E.*, 2011, pp. 285-293 ; J.-P. JACQUÉ, « The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms », *C.M.L.Rev.*, 2011, vol. 48, pp. 995-1023 ; T. LOCK, « Walking on a Tightrope : The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order », *C.M.L.Rev.*, vol. 48, 2011, pp. 1025-1054.

⁷⁰ C.J., Avis 2/13.

⁷¹ Ce principe fut établi explicitement pour la première fois dans la décision de la Com. eur. D.H., req. n° 13258/87, *M.&Co. c. RFA*, du 9 février 1990. Il ne constitue toutefois que l'application aux traités constitutifs

de cette contribution ne nous permettent pas d'entrer dans les détails de cette jurisprudence. Nous nous limiterons donc à présenter, de manière quasi schématique, l'étendue du contrôle de conventionalité du droit de l'Union à travers trois cas de figure.

(i) La *première situation*, qui concerne les normes de droit *primaire* et leur mise en œuvre au niveau national, fut examinée par la Cour eur. D.H. dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*⁷². La Cour eur. D.H. y a jugé que les États parties sont responsables des violations de la CEDH qui découlent d'un *accord conclu entre eux* dans le cadre de la Communauté ou de l'Union européenne. La jurisprudence *Matthews* semble ainsi rendre possible une requête dirigée contre l'ensemble des États membres suite à la conclusion d'un traité jugé contraire à la CEDH. Cette conclusion paraît cependant remise en cause par une décision du 9 décembre 2008⁷³, dans laquelle la Cour eur. D.H. s'est déclarée incompétente *ratione personae* pour connaître d'une requête dirigée contre l'ensemble des États membres de l'Union européenne au motif que l'étroitesse du *locus standi* individuel dans le cadre d'un recours en annulation (ancien article 230, quatrième alinéa, CE) violait les articles 6 et 13 de la CEDH. La Cour eur. D.H. justifia sa position en considérant que « les violations alléguées de la Convention ne sauraient être imputées à l'un ou l'autre des 15 États membres mis en cause par les sociétés requérantes puisqu'aucun d'entre eux n'est intervenu, directement ou indirectement, dans ce litige ». Ce retour à une forme d'immunité juridictionnelle du droit primaire est conforté par la décision *Kokkelvisserij c. Pays-Bas* du 20 janvier 2009⁷⁴, qui vit la Cour eur. D.H. déclarer irrecevable un recours visant à faire constater qu'en participant à un dialogue préjudiciel avec la Cour de justice, le Conseil d'État néerlandais avait violé l'article 6 de la CEDH dès lors que la requérante s'était vu refuser la possibilité de répondre aux conclusions rendues par l'avocat général dans le cadre de la procédure préjudicielle. Reconnaisant que, contrairement à l'affaire *Biret*, les Pays-Bas étaient impliqués dans ce litige par le biais d'une

d'organisations internationales d'une règle de droit international public plus générale affirmée de longue date par la Com. eur. D.H. [voy. e.a. les décisions des 10 juin 1958 (req. n° 235/56, *X et Y c. FRG*), 11 janvier 1961 (req. n° 788/60, *Autriche c. Italie*) et 9 décembre 1987 (req. n° 11123/84, *Etienne Tête c. France*)].

⁷² C.E.D.H., arrêt du 18 février 1999, *Rec.* 1999-I (req. n° 24833/94). Pour une analyse de cet arrêt, voy. e.a. I. Canor, « *Primus inter pares*. Who is the Ultimate Guardian of Fundamental Rights in Europe ? », *E.L.R.*, 2000, pp. 3-21 ; G. COHEN-JONATHAN et J-F. FLAUSS, « À propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* », *R.T.D.E.*, 1999, vol. 35, n° 4, p. 637-657 ; O. DE SCHUTTER et O. L'HOEST, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire : Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme », *C.D.E.*, 2000, pp. 141-210.

⁷³ CEDH, 5^e sect., décision *Établissements Biret et Cie et la société Biret International c. Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède* du 9 décembre 2008 (req. n° 13762/04).

⁷⁴ CEDH, 3^e sect., décision *Kokkelvisserij c. Pays-Bas* du 20 janvier 2009, req. n° 3645/05.

de leurs juridictions, la Cour eur. D.H. estima néanmoins que l'État défendeur pouvait se prévaloir de la « présomption de protection équivalente » reconnue à l'Union européenne par la Cour eur. D.H. dans la fameuse affaire *Bosphorus*⁷⁵. Forte de ce constat, la Cour eur. D.H. conclut que « l'association requérante n'a pas démontré que le fait qu'elle n'ait pas pu répondre aux conclusions de l'avocate générale ait "entaché d'une insuffisance manifeste" la protection dont elle a bénéficié et n'a donc pas renversé la présomption selon laquelle la procédure menée devant la CJCE avait protégé ses droits de manière équivalente à ce que prévoit la Convention ».

(ii) La *deuxième situation* porte sur l'hypothèse dans laquelle un État membre se contente d'exécuter une injonction émanant de l'Union européenne. L'arrêt *Bosphorus Airways c. Irlande* du 30 juin 2005 a fourni à la Cour eur. D.H. l'occasion de se pencher sur ce cas de figure⁷⁶. Dans cette affaire mettant en cause le droit à la propriété privée consacré à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CEDH, la Cour estima d'abord que « le souci de respecter le droit communautaire constitue pour une Partie contractante un dessein légitime, conforme à l'intérêt général, au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 » (§ 150). La Grande Chambre poursuivit en déclarant qu'une mesure étatique adoptée en exécution d'une norme émanant d'une organisation internationale devait être réputée justifiée « [...] dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux (cette notion recouvrant à la fois les garanties substantielles offertes et les mécanismes censés en contrôler le respect) une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention » (§ 155). Précisant que par « équivalente », elle entendait « comparable » et non « identique », la Cour considéra – à la suite d'une analyse relativement détaillée du droit primaire et de la jurisprudence de la CJUE – que « la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, "équivalente" [...] à celle assurée par le mécanisme de la Convention [; p]ar conséquent, on peut présumer que l'Irlande ne s'est pas écartée des obligations qui lui incombent au titre de la Convention lorsqu'elle

⁷⁵ Sur cette affaire, voy. *infra*.

⁷⁶ Sur cette affaire, voy. e.a. F. BENOIT-ROHMER, « À propos de l'arrêt *Bosphorus Airlines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *R.T.D.H.*, 2005, vol. 64, pp. 827-853 ; J-P. JACQUÉ, « L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence "*Solange II*" de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.E.*, 2005, pp. 756-767 ; C. BANNER et A. THOMSON, « Human Rights Review of State Acts Performed in Compliance with EC Law – *Bosphorus Airways v. Ireland* », *E.H.R.L.R.*, 2005, pp. 649-659 ; F. Schorkopf, « The Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of *Bosphorus Hava Turizm v. Ireland* », *G.L.J.*, 2005, vol. 6, n° 9, 7 pp., disponible sur <www.germanlawjournal.com> ; S. ADAM et F. KRENC, « La responsabilité des États membres de l'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 11 février 2006, pp. 85-87 ; V. CONSTANTINESCO, « C'est comme si c'était fait ? Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme (grand chambre), *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005 », *C.D.E.*, 2006, pp. 363-378.

a mis en œuvre celles qui résultaient de son appartenance à la Communauté européenne » (§ 165). Estimant que la requérante n'avait pas réussi à renverser cette présomption en démontrant la présence d'une « insuffisance manifeste » dans la protection de ses droits, la Cour conclut à la non-violation de la CEDH.

Inspiré de certaines propositions doctrinales⁷⁷, cet arrêt important a suscité une avalanche de commentaires, qu'il ne nous appartient pas de réécrire. L'on se contentera donc de formuler trois observations à l'égard de la présomption de protection équivalente qu'il instaure.

Premièrement, relevons que cette présomption ne couvre que le « droit communautaire au sens strict, à l'époque le "premier pilier" du droit de l'Union européenne »⁷⁸. Si la suppression des piliers opérée par le traité de Lisbonne a considérablement obscurci le sens de cette affirmation, il faut sans doute à tout le moins en déduire que cette présomption ne couvre pas les actes adoptés par l'Union dans le cadre de la PESC qui demeurent soustraits au contrôle de la Cour de justice.

Cette supposition est confortée par notre deuxième observation, relative à l'arrêt *Michaud c. France*, dans lequel la Cour eur. D.H. subordonne la présomption de protection équivalente au contrôle préalable de la Cour de justice. En l'espèce, la Cour eur. D.H. a considéré que « du fait de la décision du Conseil d'État de ne pas procéder à un renvoi préjudiciel alors que la Cour de justice n'avait pas déjà examiné la question relative aux droits protégés par la Convention dont il était saisi, celui-ci a statué sans que le mécanisme international pertinent de contrôle du respect des droits fondamentaux, en principe équivalent à celui de la Convention, ait pu déployer l'intégralité de ses potentialités [; a]u regard de ce choix et de l'importance des enjeux en cause, la présomption de protection équivalente ne trouve pas à s'appliquer »⁷⁹.

Enfin – troisième observation –, il ressort des décisions rendues dans les affaires *Biret*⁸⁰, *Kokkelvisserij*⁸¹ et *Connolly*⁸² que cette « présomption d'équivalence » est appliquée généreusement par la Cour eur. D.H. La décision

⁷⁷ Voy. ainsi J.-P. JACQUÉ, « La Cour de justice, la Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux. Quelques observations », in M. DONY et E. BRIBOSIA (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 2002, pp. 257-263.

⁷⁸ CEDH, arrêt *MSS c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011 (req. n° 30696/09), § 338, se référant au § 72 de l'arrêt *Bosphorus*.

⁷⁹ CEDH, arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012 (req. n° 12323/11), § 115.

⁸⁰ *Op. cit.*

⁸¹ *Op. cit.*

⁸² CEDH, décision *Bernard Connolly c. Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède* du 9 décembre 2008 (req. n° 73274/01).

Kokkelvisserij est particulièrement éloquente à cet égard, qui vit la Cour eur. D.H. s'écarter de sa propre jurisprudence⁸³ pour juger que l'absence d'un droit de réponse aux conclusions de l'avocat général devant la Cour de justice ne suffisait pas à emporter une « insuffisance manifeste » dans la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union⁸⁴.

(iii) Le troisième et dernier cas de figure concerne des requêtes dirigées contre l'ensemble des États membres pour des actes émanant directement des institutions de l'Union. Dans sa décision *Connolly* précitée, la Cour eur. D.H. a très clairement affirmé qu'elle n'était pas compétente pour contrôler des actes de droit dérivé à l'adoption desquels les États membres n'avaient pas participé. Cette jurisprudence pour le moins contestable⁸⁵ exclut ainsi, par exemple, toute compétence de la Cour eur. D.H. pour contrôler le respect de la CEDH par la Commission européenne dans l'exercice de ses missions de poursuites et de jugement des infractions aux règles de la concurrence. Elle met ainsi fin aux espoirs de ceux qui pensaient contourner l'absence d'adhésion de l'Union en assignant tous ses États membres en lieu et place de l'Union elle-même. On peut toutefois douter de l'applicabilité – ou en tout cas de la pertinence⁸⁶ – de cette jurisprudence à l'égard des actes de droit dérivé à l'élaboration desquels les États membres ont effectivement participé. Ainsi en est-il par exemple d'un règlement ou d'une directive dont l'adoption nécessiterait l'aval du Conseil.

3. *Les constitutions nationales*

Entérinant une jurisprudence fort ancienne, l'article 6, § 3, TUE fait des droits fondamentaux « résultant des traditions constitutionnelles communes aux États membres » des principes généraux du droit de l'Union, au même titre que ceux garantis par la CEDH. L'article 52, § 4, de la Charte dispose pour sa part que dans la mesure où les droits contenus dans celle-ci correspondent à des droits reconnus dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres, ils doivent être interprétés conformément à celles-ci.

⁸³ Voy. l'arrêt *Vermeulen* du 20 février 1996 (GC, *Rec.* 1996-I), par rapport auquel la Cour de justice a pris ses distances (voy. CJ, 4 février 2000 (ord.), *Emesa Sugar*, C-17/98, *Rec.*, p. I-665).

⁸⁴ Pour un compte-rendu et un commentaire – un peu trop lénifiant à notre estime – de cette décision, voy. C. VANDE HEYNING, « P.O. *Kokkelvisserij v. The Netherlands* », *C.M.L.Rev.*, 2009, pp. 2117-2125.

⁸⁵ Sur les incohérences auxquelles est susceptible de donner lieu l'application du critère de l'« intervention étatique », voy. A. POTTEAU, « À propos d'un pis-aller : la responsabilité des États membres pour l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention européenne des droits de l'homme », *R.T.D.E.*, 2009, vol. 45, pp. 697-716, spéc. pp. 702-704.

⁸⁶ Il n'est pas impossible d'interpréter la décision rendue dans l'affaire *Biret* précitée comme appliquant cette position très restrictive à des actes à portée générale adoptés par le Conseil, tels que des directives.

Ces renvois généreux au « substratum philosophique, politique et juridique commun aux États membres »⁸⁷ ne sauraient toutefois dissimuler la pauvreté de l'usage qu'en font les juridictions de l'Union depuis l'entrée en vigueur de la Charte. Si elles n'ont pas totalement disparu, les références aux traditions constitutionnelles communes semblent relever d'une forme d'atavisme jurisprudentiel, vestiges de l'ère « pré-Charte » qui n'ajoutent rien à la protection des droits fondamentaux assurée par cette dernière⁸⁸.

Les avocats généraux se montrent pour leur part un peu plus audacieux, et n'hésitent pas à s'appuyer sur les traditions constitutionnelles des États membres tantôt pour confirmer⁸⁹, tantôt pour contester⁹⁰ l'existence d'une garantie qui ne ressort clairement ni du texte de la Charte, ni de la jurisprudence des Cours de Luxembourg ou de Strasbourg.

Mais comme pour la CEDH, la Charte ne se contente pas d'établir un principe d'interprétation conforme avec les traditions constitutionnelles communes. L'article 53 de la Charte prévoit en outre que l'application de cette dernière ne peut conduire à une limitation des droits « reconnus, dans leur champ d'application respectif, [...] par les constitutions des États membres ». Cette disposition a fait couler beaucoup d'encre, certains n'hésitant pas à y voir une entaille dans le principe de primauté du droit de l'Union⁹¹, la plupart estimant cependant qu'il ne fallait y voir guère plus qu'une clause de style ou qu'une invitation

⁸⁷ Conclusions de l'avocat général Dutheillet de Lamothe de 2 décembre 1970 dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, *Rec.*, 1970, p. 1149.

⁸⁸ Voy. par exemple les références aux traditions constitutionnelles communes pour établir ou confirmer le droit à une protection juridictionnelle effective (C.J., 27 juin 2013, *Agrokonsulting-04*, C-93/12, non encore publié au *Rec.*, point 59, Trib., 6 septembre 2013, *Bank Melli Iran/Conseil*, T-35/10 et T-7/11, non encore publié au *Rec.*, point 85), le principe de rétroactivité de la loi pénale la plus douce (C.J., 28 avril 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, point 61) ou le principe de légalité des délits et des peines (Trib., 27 juin 2012, *Bolloré / Commission*, T-372/10, non encore publié au *Rec.*, point 33).

⁸⁹ Voy. les conclusions présentées le 28 février 2013 par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Schenker*, C-681/11, non encore publiée au *Rec.*, point 41, et dans l'affaire *Schindler/Commission*, C-501/11, non encore publiée au *Rec.*, point 114, à propos du principe *nullum crimen sine culpa*, les conclusions présentées le 1^{er} mars 2011 par l'avocat général Cruz Villalón dans l'affaire *Samba Diouf*, C-69/10, *Rec.*, p. I-7151, point 39, à propos d'une interprétation large du droit à un recours juridictionnel effectif. Dans un sens quelque peu différent, voy. l'affirmation de l'avocat général Cruz Villalón selon laquelle le plafonnement de l'impôt sur la fortune est conforme aux traditions constitutionnelles communes des États membres (conclusions présentées dans l'affaire *Heintz*, C-558/10, non encore publiée au *Rec.*, point 62).

⁹⁰ Voy. les conclusions présentées le 6 juin 2013 par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Sabou*, C-276/12, non encore publiée au *Rec.*, point 54, à propos du droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure administrative, et les conclusions présentées le 2 octobre 2012 par l'avocat général Bot dans l'affaire *Melloni*, C-399/11, non encore publiée au *Rec.*, point 84, à propos d'une interprétation plus généreuse des garanties du procès équitable.

⁹¹ Voy. p. ex. G. BRAIBANT, « Conclusions », *R.U.D.H.*, 2000, p. 69 : « si une constitution nationale va plus loin que la Charte, c'est toujours la constitution nationale qui doit l'emporter, mais je reconnais que cette idée peut choquer » ; L.F.M. BESSELINK, « The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter », *Maastricht Journal*, vol. 8, 2001, pp. 68-80.

faite à la Cour à ne pas se laisser « dépasser » par l'évolution des droits constitutionnels nationaux⁹².

En réalité, derrière cette controverse se pose la question de la vocation de la Charte. Soit, dans une perspective « conventionnelle », on considère que celle-ci constitue un rempart ultime dans la garantie des droits fondamentaux, assurant un niveau « plancher » laissant libre chaque État de pousser plus loin le degré de protection de tel ou tel droit. Dans cette optique, l'article 53 de la Charte correspond *grosso modo* à l'article 53 de la CEDH, qui prévoit que cette dernière ne peut être interprétée comme limitant ou restreignant les droits reconnus par tout État contractant. Soit, suivant une approche « constitutionnelle », on estime que la Charte constitue la structure faîtière de l'ordre juridique européen et qu'à ce titre, elle assure une harmonisation exhaustive – et pas seulement minimale – du droit des droits de l'homme au sein de cet ordre juridique. Dans cette perspective, l'article 53 apparaît simplement comme une clause de répartition des compétences, qui confirme que la Charte n'a pas vocation à empiéter sur l'autonomie des États membres lorsqu'ils agissent en dehors du droit de l'Union.

Cette alternative est bien décrite par l'avocat général Bot dans ses conclusions dans l'affaire *Melloni*⁹³, qui opte résolument pour l'approche « constitutionnelle » dès lors qu'admettre l'autre lecture « reviendrait à méconnaître la jurisprudence constante de la Cour relative à la primauté du droit de l'Union » (point 99) et « porterait également atteinte à une application uniforme et efficace du droit de l'Union » (point 101). Poursuivant son raisonnement, l'avocat général estime à cet égard que « s'il est vrai que l'interprétation des droits protégés par la Charte doit tendre vers un niveau élevé de protection [...], il importe, cependant, de préciser qu'il doit s'agir d'un niveau de protection adapté au droit de l'Union » (point 106 – nous soulignons).

La Cour épousera le point de vue de son avocat général dans cette affaire, rappelant au passage sa conception absolue de la primauté du droit de l'Union sur les droits internes. Surgit ici, dans toute sa clarté, la différence entre la Charte et la CEDH. Alors que la seconde est un instrument largement « désincarné » flottant dans l'éther international des droits de l'homme, la première est arrimée à un *body politic* concret et actif, animé par un projet intégrateur fort. La filiation entre la Charte et les constitutions nationales apparaît évidente.

⁹² Voy p. ex. L. AZOULAI, « Article II-113 », in L. BURGORGUE-LARSEN *et al.* (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Tome II, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 689-714 ; P. CAROZZA, « The Member States », in S. PEERS et A. WARD (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland OR, Hart Publishing, 2004, pp. 35-58.

⁹³ C.J., 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, non encore publié au *Rec.*

Pour autant, l'Union européenne n'est pas un État, ni la Charte une constitution. La preuve en est que la Cour tempère quelque peu la rigueur de ses propos, interprétant l'article 53 comme autorisant les États membres à « appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » (point 60 de l'arrêt).

S'efforçant de donner un effet utile à l'article 53, la solution est élégante, encore que floue⁹⁴. L'avenir nous dira si, dépassant le stade du simple slogan aux couleurs de la diversité, elle pourra offrir une nouvelle plateforme pour la tenue d'un dialogue traductif entre les États et l'Union.

II. – La protection des droits de la défense

Après avoir brossé à gros traits le régime de sauvegarde des droits fondamentaux dans l'Union européenne, il convient à présent de concentrer le regard sur la protection des droits de la défense par et devant les juridictions de l'Union, d'une catégorie spécifique de droits fondamentaux. Dans cette perspective, la seconde partie de cette contribution recense et examine un certain nombre de développements récents relatifs au champ d'application des droits de la défense (A), à la place de ces droits dans la procédure devant la CJUE (B), aux contours du droit d'être entendu et du droit à un tribunal impartial (C) avant de conclure sur les conséquences attachées à la violation des droits de la défense (D).

A. *Le champ d'application des droits de la défense*

Ratione personae, la jurisprudence récente a confirmé que les droits de la défense appartenaient à tous, en ce compris les institutions de l'Union⁹⁵ et les

⁹⁴ Pour une analyse critique, voy. A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin – À propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson* de la Cour de justice », *R.T.D.H.*, 2014 (à paraître). Pour une tentative de clarification des cas d'application de cette « protection plus étendue », voy. N. DE BOER, « Addressing rights divergences under the Charter : *Melloni* », *C.M.L.Rev.*, 2013, vol. 50, pp. 1083-1104, spéc. p. 1096.

⁹⁵ C.J., 2 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, point 53 : « Le principe du contradictoire doit bénéficier à toute partie à un procès dont est saisi le juge communautaire, quelle que soit sa qualité juridique. Les institutions communautaires peuvent aussi, par conséquent, s'en prévaloir lorsqu'elles sont parties à un tel procès ». Dans le même sens, voy. C.J., 17 décembre 2009, *M/Agence européenne des médicaments*, C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, point 42.

États membres⁹⁶ ainsi que les entités publiques qui en dépendent⁹⁷. Dans son fameux arrêt *DEB*, la Cour a du reste considéré que le droit à une protection juridictionnelle effective pouvait impliquer une obligation positive, à charge d'un État, de fournir une aide juridictionnelle à une personne *morale* en difficulté⁹⁸.

Ratione materiae, il convient de souligner l'irruption des droits de la défense dans le domaine de la politique étrangère et de sécurité commune, au bénéfice – notamment – de l'article 275, deuxième alinéa, TFUE, qui rend la CJUE compétente pour connaître de recours en annulation de « décisions prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil ». Sans s'y attarder, on observera – tout en s'en réjouissant – qu'après un moment d'hésitation⁹⁹, les juridictions de l'Union ont décidé d'appliquer pleinement les standards de protection des droits de la défense dans ce domaine, même lorsque les mesures prises par l'Union découlent directement d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations unies. La CJUE a ainsi pu constater une violation du droit à une protection juridictionnelle effective et des droits de la défense dans le refus du Conseil de divulguer au requérant¹⁰⁰, voire même aux juridictions de l'Union¹⁰¹, des éléments de preuve susceptibles de justifier la prise – ou le maintien¹⁰² – des sanctions frappant ce requérant, ainsi que l'absence de réelle prise en considération des objections soulevées par ce dernier¹⁰³. Cette jurisprudence exigeante est également applicable aux

⁹⁶ C.J., 15 novembre 2011, *Commission et Espagne/Gibraltar et Royaume-Uni*, C-106/09 P, *Rec.*, p. I-11113, points 164 et s.

⁹⁷ Trib., 29 janvier 2013, *Bank Mellat / Conseil*, T-496/10, non encore publié au *Rec.*, points 36-38 ; Trib., 5 février 2013, *Bank Saderat Iran / Conseil*, T-494/10, non encore publié au *Rec.*, points 34-36 et 39.

⁹⁸ C.J., 22 décembre 2010, *DEB*, C-138/49, *Rec.*, p. I-13349.

⁹⁹ Voy. e.a. Trib., 21 septembre 2005, *Kadi/Conseil et Commission*, T-315/01, *Rec.*, p. II-3649. Voy. aussi les conclusions présentées le 19 mars 2013 par l'avocat général Bot dans l'affaire *Commission, Conseil et Royaume-Uni / Kadi*, C-584/10 P e.a., non encore publiée au *Rec.*

¹⁰⁰ Voy. e.a. C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat/Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, points 346 à 349, et Trib., 30 septembre 2010, *Kadi/Commission*, T-85/09, *Rec.*, p. II-5177, points 173 à 179. La Cour semble cependant désormais retenir une conception un peu moins exigeante de cette obligation de transparence : C.J., 18 juillet 2013, *Commission, Conseil et Royaume-Uni/Kadi*, C-584/10 P e.a., non encore publié au *Rec.*, points 135 à 138.

¹⁰¹ Voy. e.a. C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat/Conseil*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, points 349 à 351, Trib., 21 mars 2012, *Fulmen et Fereydoun Mahmoudian/Conseil*, T-439 et 440/10, non encore publié au *Rec.*, points 96 à 104, Trib., 4 décembre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil*, T-284/08, *Rec.*, p. II-3487, points 72 à 79, et Trib., 30 septembre 2010, *Kadi/Commission*, T-85/09, *Rec.*, p. II-5177, points 182 et 183.

¹⁰² Trib., 4 décembre 2008, *OMPI/Conseil*, T-284/08, *Rec.*, p. II-3487, et C.J., 21 septembre 2011, *France/OMPI*, C-27/09 P, non encore publié au *Rec.*

¹⁰³ Trib., 30 septembre 2010, *Kadi/Commission*, T-85/09, *Rec.*, p. II-5177, points 171 à 179, et C.J., 18 juillet 2013, *Commission, Conseil et Royaume-Uni/Kadi*, C-584/10 P e.a., non encore publié au *Rec.*, points 151 à 164.

sanctions infligées *proprio motu* par l'Union européenne dans le cadre de la PESC¹⁰⁴. En revanche, les juridictions de l'Union considèrent que de telles sanctions n'ont en principe pas de caractère pénal¹⁰⁵, de sorte que les garanties spécifiques au procès pénal ne s'y appliquent pas.

B. *Les droits de la défense dans la procédure devant les juridictions de l'Union*

Il n'est pas question ici de procéder à une analyse générale et complète de la place des droits de la défense dans le contentieux devant la CJUE. Tout au plus épinglera-t-on trois questions qui ont fait l'objet de développements récents.

Commençons par la question classique des conditions imposées par l'article 263, quatrième alinéa, TFUE (ex-article 230, quatrième alinéa, CE) à la recevabilité des recours en annulation intentés par des requérants « non privilégiés »¹⁰⁶. Nombreux sont les requérants à avoir plaidé qu'une application trop rigoureuse desdites conditions aboutirait à une violation du droit à un recours juridictionnel effectif consacré par l'article 13 de la CEDH. S'ils ont un temps retenu l'attention du Tribunal¹⁰⁷ et d'un avocat général¹⁰⁸, ces arguments ont depuis lors été balayés d'un revers de la main au motif qu'ils ne pouvaient aboutir à une interprétation *contra legem* de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE¹⁰⁹. On ne saurait pour autant conclure de cette jurisprudence, qui s'autorise d'un certain appui du côté de Strasbourg¹¹⁰, que le droit à une protection

¹⁰⁴ Trib., 8 juin 2011, *Bamba/Conseil*, T-86/11, *Rec.*, p. II-2749, et C.J., 15 novembre 2012, *Conseil/Bamba*, C-417/11 P, non encore publié au *Rec.* En ce sens, voy. M. WIMMER, « Individual sanctions and fundamental rights : *Bamba* », *C.M.L.Rev.*, 2013, vol. 50, pp. 1119-1132

¹⁰⁵ Trib., 8 juin 2011, *Bamba/Conseil*, T-86/11, *Rec.*, p. II-2749, point 43 et la jurisprudence citée, et C.J., 15 novembre 2012 *Stichting Al-Aqsa/Conseil et Pays-Bas/Stichting Al-Aqsa*, C-439 et 550/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 72.

¹⁰⁶ Voy., s'agissant du régime juridique qui découle desdites conditions et une analyse des changements intervenus avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la contribution de J. Wildemeersch dans le présent ouvrage.

¹⁰⁷ Trib., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré / Commission*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365.

¹⁰⁸ Voy. les conclusions présentées par l'avocat général Jacobs le 21 mars 2002 dans l'affaire *UPA/Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

¹⁰⁹ Voy. p. ex., Trib., 11 juin 2009, *Acegas-APS/Commission*, T-309/02, *Rec.*, p. II-1809, point 56 et la jurisprudence citée, et Trib., 11 avril 2011 (ord.), *Département du Gers/Commission*, T-478/10, *Rec.*, p. II-83, point 41 et la jurisprudence citée.

¹¹⁰ Voy. not. la jurisprudence selon laquelle « l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention » [C.E.D.H., GC, arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* du 7 novembre 2013 (req. n° 29381/09 et 32684/09), § 94 et la jurisprudence citée]. Voy. aussi, dès avant l'arrêt *Bosphorus*, l'arrêt *Posti et Rahko c. Finlande* (4^e sect.) du 24 septembre 2002 (req. n° 27824/95, *Rec.* 2002-VII), §§ 53-54 : « Il s'ensuit que lorsqu'un décret, une décision ou une autre mesure, même s'ils ne touchent pas formellement une personne physique ou morale donnée, affectent en substance les "droits ou obligations de caractère civil" de cette

juridictionnelle effective sera toujours et nécessairement impuissant à assouplir quelque peu la position de la CJUE sur la recevabilité des recours en annulation. On épinglera à cet égard l'attitude pour le moins audacieuse de la Cour dans l'arrêt *PKK et KNK/Conseil*, qui laisse entendre que la condition relative à l'affectation directe et individuelle subordonnant la recevabilité des recours en annulation doit se calquer sur (ou à tout le moins s'apprécier à la lumière de) l'exigence – bien plus lâche – relative à la qualité de victime qui conditionne la recevabilité des recours devant la Cour eur. D.H.¹¹¹. Dans le même sens, on rappellera l'arrêt *Unibet* dans lequel la Cour a jugé non conforme au droit à une protection juridictionnelle effective un système qui contraint un particulier à enfreindre une norme – et à s'exposer de la sorte à des sanctions administratives ou pénales – pour pouvoir en contester la validité¹¹². Développé à l'encontre d'une règle procédurale nationale, ce raisonnement pourrait bien être opposé au juge de l'Union dans le cadre d'un recours en annulation d'un acte législatif de l'Union ne nécessitant pas de mesure d'exécution. En effet, faute pour le juge de l'Union de déclarer recevable pareil recours, le requérant n'aurait d'autre choix que d'enfreindre ledit acte – et encourir le risque de sanctions – pour ensuite se faire attraire devant un tribunal national et en contester la validité par le biais de l'exception d'illégalité.

Une deuxième question procédurale importante concerne l'absence de droit, pour les parties à la cause dans une affaire pendante devant la Cour de justice, de répondre aux conclusions de l'avocat général rendues dans cette affaire. Dans un arrêt de grande chambre *Vermeulen c. Belgique*¹¹³, la Cour eur. D.H. avait jugé contraire au principe du contradictoire l'impossibilité, pour les parties à un procès en cassation, de répondre aux conclusions de l'avocat général près la Cour de cassation de Belgique. Dans une ordonnance du 4 février 2000¹¹⁴, la

personne ou d'un groupe de personnes se trouvant dans une situation similaire, que ce soit en raison de certaines caractéristiques qui leur sont propres ou de circonstances factuelles qui les différencient de toute autre personne, l'article 6 § 1 peut demander que la substance de la décision ou de la mesure en question puisse être contestée par cette personne ou ce groupe devant un "tribunal" répondant aux exigences de cette disposition. La position de la Cour à cet égard est comparable à celle adoptée en droit communautaire européen, où une mesure générale telle qu'un règlement peut dans certains cas faire l'objet d'une action en annulation devant la Cour de justice de la part d'une personne que cette mesure concerne individuellement ».

¹¹¹ C.J., 18 janvier 2007, *PKK et KNK/Conseil*, C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, points 82 et 83 : « Dans ces conditions, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son état actuel semble indiquer que le KNK ne pourrait pas établir qu'il a la qualité de victime au sens de l'article 34 de la CEDH et, par conséquent, ne serait pas recevable à saisir cette juridiction. Par voie de conséquence, dans les circonstances de la présente affaire, il n'est démontré aucune contradiction entre la CEDH et l'article 230, quatrième alinéa, CE. »

¹¹² C.J., 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.*, p. I-2271. Ce raisonnement est emprunté à A. VAN WAEYEMBERGHE, P. PECHO, « L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *C.D.E.*, 2008, pp. 123 et s.

¹¹³ C.E.D.H., arrêt *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, *Rec.*, 1996-I.

¹¹⁴ C.J., 4 février 2000 (ord.), *Emesa Sugar*, C-17/98, *Rec.*, p. I-665.

Cour de justice a considéré que cette jurisprudence n'était pas transposable à la procédure devant elle et au rôle qu'y jouent les avocats généraux. Au soutien de cette conclusion, la Cour a observé que (i) « ses » avocats généraux sont des membres de la Cour et ne dépendent pas de quelque « autorité extérieure » ; (ii) la durée de la procédure serait fortement allongée par l'octroi d'un droit de réponse eu égard au régime multilingue de la Cour ; et (iii) la Cour peut en toute hypothèse ordonner la réouverture des débats si elle l'estime opportun.

Dans sa décision *Kokkelvisserij* précitée, la Cour eur. D.H. a considéré que, dans le cas qui lui était soumis, l'absence d'un droit de réponse aux conclusions de l'avocat général dans le cadre d'une procédure devant la Cour de justice ne constituait pas une violation du droit à un procès équitable. À cet égard, la Cour eur. D.H. a noté que (i) eu égard à la jurisprudence *Bosphorus* précitée, une telle violation ne pourrait être constatée que si le requérant parvenait à montrer une *déficiencia manifeste* dans la protection dudit droit dans l'ordre juridique de l'Union européenne ; (ii) que le Règlement de procédure de la Cour prévoit la possibilité pour cette dernière d'ordonner la réouverture des débats une fois l'avocat général entendu ; (iii) que la Cour de justice a examiné le bien-fondé de la demande de réouverture des débats soumise par le requérant ; (iv) que le cas de l'espèce relevant d'une procédure préjudicielle, il était toujours loisible au juge *a quo* de ressaisir la Cour après le prononcé de son arrêt ; et (v) qu'en l'occurrence, le point sur lequel la réouverture des débats était demandée n'était pas décisif.

Dans l'affaire *Otis*, l'avocat général Cruz Villalón a considéré que, par sa décision *Kokkelvisserij*, la Cour eur. D.H. avait « confirmé la conclusion à laquelle la Cour était parvenue dans l'affaire *Emesa Sugar* », estimant que le niveau de protection du principe d'égalité des armes accordé par la Cour de justice n'était pas inférieur à celui garanti par la Cour eur. D.H.¹¹⁵. Cette conclusion semble hâtive, tant la décision de la Cour eur. D.H. paraît influencée par les circonstances spécifiques de l'affaire sur laquelle elle était amenée à se pencher. Ainsi, il n'est pas certain que la Cour eur. D.H. tiendrait le même discours s'agissant d'un recours direct devant la CJUE. Par ailleurs, force est d'observer que la Cour eur. D.H. se contente d'observer l'absence de « déficiencia manifeste » du côté de Luxembourg, se gardant bien de se prononcer sur l'existence d'une « simple » violation de l'article 6 CEDH. On ne peut donc qu'approuver l'affirmation – un peu mystérieuse – de la Cour de justice selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de réouverture de la procédure orale « ne saurait être

¹¹⁵ Conclusions présentées le 26 juin 2012 dans l'affaire *Otis*, C-199/11, non encore publiée au *Rec.*, note infra-paginale n° 36.

exercé sans tenir compte de l'obligation de respecter le principe du contradictoire ». ¹¹⁶

La dernière question qu'il convient d'aborder brièvement concerne le droit, pour les juridictions constitutionnelles des États membres, de participer activement à la procédure sur question préjudicielle devant la Cour de justice. Deux développements récents soulignent la nécessité d'accorder, dans certaines affaires, une place plus grande aux juges constitutionnels nationaux. Le premier concerne le fameux arrêt rendu par la Cour constitutionnelle tchèque sur les « retraites slovaques » ¹¹⁷ par lequel la Cour déclara inconstitutionnel et *ultra vires* l'arrêt *Landtová* ¹¹⁸ de la Cour de justice. Sans rentrer dans le détail de cette « guerre des juges », il convient d'observer que la Cour constitutionnelle tchèque avait sollicité la possibilité d'intervenir dans l'affaire *Landtová* au motif que le gouvernement tchèque – représentant la République tchèque dans le cadre de la procédure – prônait une position contraire à sa jurisprudence. Le greffe de la Cour de justice ne l'ayant pas autorisée à intervenir, la Cour constitutionnelle règle ses comptes avec la Cour de justice dans son arrêt. Elle estime notamment que « [i]n a situation where the ECJ was aware that the Czech Republic, as a party to the proceeding, in whose name the government acted, expressed in its statement a negative position on the legal opinion of the Constitutional Court, which was the subject matter for evaluation, the ECJ' statement that the Constitutional Court was a "third party" in the case at hand cannot be seen otherwise than as abandoning the principle *audiatur et altera pars* ».

Le deuxième développement en faveur d'un accès plus large des juges constitutionnels au prétoire européen concerne le succès grandissant du concept d'« identité constitutionnelle ». Le thème de l'identité constitutionnelle des États membres et la question de sa capacité à tenir en échec la primauté du droit de l'Union passionnent depuis quelque temps la doctrine ¹¹⁹. Les références à ce concept se font de plus en plus fréquentes devant la Cour

¹¹⁶ C.J., 2 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, point 59.

¹¹⁷ Cour constitutionnelle tchèque, arrêt du 31 janvier 2012, affaire Pl. US 5/12 *Les retraites slovaques XVIII*. Traduction anglaise disponible à l'adresse <http://www.usoud.cz/en/decisions/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=37&cHash=911a315c9c22ea1989d19a3a848724e2>. Sur cet arrêt, voy. e.a. J. ZEMANEK, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque du 31 janvier 2012, les *retraites slovaques XVII* : le principe de l'égalité de traitement – un motif de rébellion contre la Cour de justice de l'Union européenne ? », *C.D.E.*, 2012, n° 3, pp. 709-732.

¹¹⁸ C.J., 22 juin 2011, *Landtová*, C-399/09, *Rec.*, p. I-5573.

¹¹⁹ Voy. p. ex. L.F.M. BESSELINK, « National and constitutional identity before and after Lisbon », *Utrecht Law Review*, 2010, vol. 6, pp. 36-49 ; A. VON BOGDANDY & S. SCHILL, « Overcoming absolute primacy : Respect for national identity under the Lisbon Treaty », *C.M.L.Rev.*, 2011, vol. 48, pp. 1417-1453 ; L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011.

de justice¹²⁰, quoique la Cour se soit jusqu'ici prudemment abstenue d'énoncer le contenu et le régime juridique qui s'y attachent. Une des questions qui demeurent en suspens concerne la façon d'établir qu'un principe ressortit à l'identité constitutionnelle d'un État. Dans l'affaire *Melloni*, l'avocat général Bot semble faire des agents du *gouvernement* espagnol (ceux qui ont comparu à l'audience) les porte-paroles attitrés de l'identité constitutionnelle espagnole¹²¹. Ce raisonnement manque de convaincre. Il semble que, si le concept d'identité constitutionnelle devait être pris au sérieux, la Cour de justice ne pourrait faire l'économie d'un dialogue préjudiciel « inversé » avec la juridiction constitutionnelle de l'État concerné pour en définir les contours exacts¹²².

C. *Le droit d'être entendu et le droit à un tribunal impartial*

La jurisprudence récente contient des enseignements importants pour cerner l'étendue exacte de certaines garanties procédurales. Ces enseignements nous semblent particulièrement riches pour ce qui concerne le droit d'être entendu et le droit à un tribunal impartial¹²³.

Quant au *droit d'être entendu*, d'une part, la jurisprudence récente nous confirme qu'il est loin d'être illimité. Ainsi, si les parties ont le droit d'être entendues sur un moyen soulevé d'office par le juge¹²⁴, elles n'ont en revanche pas le droit d'être auditionnées à nouveau par la Commission avant que celle-ci ne prenne une décision quasi-identique à une première décision annulée en raison d'un vice de procédure¹²⁵. Par ailleurs, « ce droit doit être compris en ce sens qu'il garantit que les parties ne soient pas confrontées à une décision de justice complètement inattendue [; c]ela ne signifie pas pour autant que le

¹²⁰ Voy. C.J., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *Rec.*, p. I-13693, point 92, C.J., 12 mai 2011, *M. Runevic-Vardyn*, C-391/09, *Rec.*, p. I-3787, point 86, C.J., *Commission/Grand-duché de Luxembourg*, 24 mai 2011, C-51/08, *Rec.*, p. I-4231, point 124, C.J., 1^{er} mars 2012, *Dermod Patrick O'Brien*, C-393/10, non encore publié au *Rec.*, point 49, Trib., 6 mars 2012, *Northern Ireland Department of Agriculture and Rural Development/Commission*, T-453/10, non encore publié au *Rec.*, point 31, et C.J., 16 avril 2013, *Las*, C-202/11, non encore publié au *Rec.*, point 26.

¹²¹ Conclusions présentées le 2 octobre 2012 dans l'affaire *Melloni*, C-399/11, non encore publiée au *Rec.*, point 141.

¹²² Dans un sens analogue, mais moins exigeant, voy. les propos tenus par l'avocat général Poiras Maduro dans ses conclusions présentées le 20 septembre 2005 dans l'affaire *Marrosu*, C-53/04, *Rec.*, p. I-7213, point 40, qui fait des autorités nationales en général, et *notamment* des juridictions constitutionnelles, les interlocuteurs les mieux placés pour définir l'identité constitutionnelle des États membres.

¹²³ Par manque d'espace, cette contribution ne traite pas des évolutions jurisprudentielles récentes – et ô combien importantes – relatives au principe *ne bis in idem*.

¹²⁴ C.J., 2 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-89/08 P, *Rec.*, p. I-11245, point 57.

¹²⁵ Trib., 17 décembre 2009, *Solvay/Commission*, T-57/01, *Rec.*, p. II-4621, points 184 et s. et la jurisprudence citée.

juge doit accorder aux parties le droit d'être entendues au sujet de chaque point de son appréciation juridique avant de rendre son jugement »¹²⁶. Enfin, dans son important arrêt *Sabou*, la Cour a considéré que le droit d'être entendu ne « confère au contribuable d'un État membre ni le droit d'être informé de la demande d'assistance de cet État adressée à un autre État membre afin, notamment, de vérifier les données fournies par ce contribuable dans le cadre de sa déclaration d'impôt sur le revenu, ni le droit de participer à la formulation de la demande adressée à l'État membre requis, ni le droit de participer aux auditions de témoins organisées par ce dernier État »¹²⁷.

Quant au droit d'accès à un *tribunal impartial*, d'autre part, il ne fait pas toujours l'objet d'une interprétation très généreuse. Ainsi le fait qu'un même membre de la Cour fasse deux fois office de juge rapporteur dans l'examen d'une même affaire¹²⁸ ou dans le cadre de deux affaires présentant un certain degré de connexité¹²⁹ n'est pas constitutif d'une violation du principe d'impartialité. Il n'en va pas différemment du fait pour la Commission, premier juge du droit européen de la concurrence, de se présenter comme la victime des ententes qu'elle réprime¹³⁰. La frilosité dont témoignent les arrêts précédents contraste avec les avancées consacrées par la Cour de justice dans ses arrêts *Chalkor/Commission*¹³¹ et *KME/Commission*¹³², qui précisent, dans la droite ligne de la jurisprudence strasbourgeoise¹³³, que le droit à un recours juridictionnel effectif interdit au Tribunal, statuant sur la légalité d'une décision adoptée par la Commission en sa qualité d'autorité de concurrence, de « s'appuyer sur la marge d'appréciation dont dispose la Commission ni en ce qui concerne le choix des éléments pris en considération lors de l'application des critères mentionnés dans les lignes directrices ni en ce qui concerne l'évaluation de ces éléments pour renoncer à exercer un contrôle approfondi tant de droit que de fait ». Le droit à un juge semble ici sauvegardé, dès lors que cette jurisprudence donne à l'entreprise sanctionnée la garantie qu'un juge réellement indépendant – à la différence de la Commission, qui cumule les qualités d'autorité d'enquête et de jugement en matière de concurrence – sera amené à examiner, dans le détail, le bien-fondé de l'amende qui la frappe. On est toutefois en droit de se demander

¹²⁶ Trib., 12 mai 2010, *Bui Van/Commission*, T-491/08 P, non publié au *Rec.*, point 85.

¹²⁷ C.J., 22 octobre 2013, *Sabou*, C-276/12, non encore publié au *Rec.*

¹²⁸ C.J., 1^{er} juillet 2008, *Chronopost*, C-341 et 342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, points 56 et s.

¹²⁹ C.J., 19 février 2009, *Gorostiaga/Parlement*, C-308/07 P, *Rec.*, p. I-1059, points 41 et s.

¹³⁰ C.J., 11 juillet 2013, *Ziegler/Commission*, C-439/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 157 à 160. La déontologie et l'honnêteté intellectuelle exigent de préciser que l'auteur de la présente contribution représentait Ziegler dans l'affaire dont question.

¹³¹ C.J., 8 décembre 2011, C-386/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 62.

¹³² C.J., 8 décembre 2011, C-272/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 102.

¹³³ C.E.D.H., arrêt du 27 septembre 2011, *Menarini Diagnostics c. Italie* (req. n° 43509/08), § 59.

si cette évolution favorable n'a pas été partiellement vidée de sa substance par un arrêt *Kone/Commission*¹³⁴, en vertu duquel « lorsque le juge de l'Union est appelé à contrôler la légalité des décisions de la Commission imposant des amendes en cas d'infractions aux règles de concurrence de l'Union, il ne saurait empiéter sur la marge d'appréciation dont la Commission dispose dans le cadre de la procédure administrative en substituant sa propre évaluation de circonstances économiques complexes à celle de la Commission, mais doit démontrer, le cas échéant, que cette dernière est parvenue à ses conclusions d'une manière qui n'est pas légalement fondée ».

Préoccupante, cette jurisprudence ne doit toutefois pas dissimuler des développements plus heureux. On relèvera ainsi l'arrêt *Knauf Gips/Commission*¹³⁵, dans lequel la Cour a considéré que l'absence de contestation d'un élément dans le cadre de la procédure administrative devant la Commission ne prive pas un requérant du droit de contester ce même élément devant les juridictions de l'Union. De manière très judicieuse, la Cour a motivé cette décision par l'absence de fondement légal à une telle restriction du droit à un recours juridictionnel effectif et à un tribunal impartial, en violation de la condition de légalité prévue à l'article 52, § 1^{er}, de la Charte.

D. *Les conséquences de la violation des droits de la défense*

La dernière question que l'on souhaiterait aborder concerne l'impact concret d'une violation des droits de la défense et des garanties procédurales.

Il est de jurisprudence constante qu'« une violation des droits de la défense, en particulier du droit d'être entendu, n'entraîne l'annulation de la décision prise au terme de la procédure administrative en cause que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent »¹³⁶. Si elle n'est pas dénuée de bon sens, il n'échappera à personne que cette jurisprudence n'exclut pas tout risque d'arbitraire. Dans certains cas, il peut être

¹³⁴ C.J., 24 octobre 2013, *Kone e.a./Commission*, C-510/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 27. Il est inquiétant d'observer que cet arrêt renoue explicitement avec un arrêt de grande chambre du 29 juin 2010 (*Commission/Alrosa*, C-441/07 P, *Rec.*, p. I-5949) dans lequel la Cour annule un arrêt du Tribunal au motif que ce dernier a « présenté sa propre évaluation de circonstances économiques complexes et a ainsi substitué sa propre appréciation à celle de la Commission, empiétant de la sorte sur la marge d'appréciation de celle-ci, au lieu de contrôler la légalité de l'appréciation de la Commission » (point 67).

¹³⁵ C.J., 1^{er} juillet 2010, C-407/08 P, *Rec.*, p. I-6375, points 89 et s.

¹³⁶ C.J., 10 septembre 2013, *M.G. et N.R.*, C-383/13 PPU, non encore publié au *Rec.*, point 38 et la jurisprudence citée. Pour un cas où le juge de l'Union a conclu à l'annulation au motif que l'autorité aurait pu modifier sa décision si elle avait entendu la partie concernée, voy. Trib., 1^{er} octobre 2009, *Foshan Shunde Yongjian/Commission*, C-141/08 P, *Rec.*, p. II-9147.

difficile de déterminer, rétroactivement, si l'audition de la partie concernée aurait pu aboutir à un résultat différent. Par ailleurs, il peut sembler choquant sur le plan des principes qu'en méconnaissance de l'adage *ubi ius ibi remedium*, la violation d'un droit fondamental ne donne droit à aucune forme de réparation pour la victime de la violation.

Soucieux de ne pas laisser impunies de telles violations des droits procéduraux, le juge de l'Union a, dans certains cas, déclaré que celles-ci pouvaient faire l'objet d'un recours en indemnité contre l'Union européenne. Ce type de recours a été intenté avec succès pour violation du droit d'être entendu¹³⁷. La Cour a également évoqué la possibilité d'un tel recours en cas de violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable¹³⁸. En l'espèce, cependant, la violation du délai raisonnable était imputable au Tribunal, lequel aurait ainsi été compétent pour statuer sur un éventuel recours en indemnité fondé sur sa propre faute¹³⁹ !

Ce problème semble pouvoir être surmonté par une autre approche adoptée par la Cour, qui consiste à réduire l'amende infligée à l'entreprise concernée en vue de « compenser » la faute dont elle a été victime¹⁴⁰. Toute difficulté n'est cependant pas évacuée pour autant. D'une part, il semble particulièrement difficile d'évaluer, *ex æquo et bono*, la réduction qui doit ainsi être octroyée. Dans l'affaire *Baustahlgewebe* précitée, cette réduction n'atteignait pas même 2 % de l'amende infligée. À l'inverse, dans l'affaire *Solvay*, l'avocat général Kokott plaidait pour une réduction de 50 %. D'autre part, des violations des droits procéduraux surviennent également dans le cadre de procédures ne menant pas à l'imposition d'une amende, de sorte que la « compensation » évoquée ci-dessus y est impraticable.

Les juridictions de Luxembourg seraient sans doute bien avisées d'introduire un peu de sécurité juridique dans ce domaine. On se gardera toutefois de croire à la possibilité d'un régime juridique unifié qui s'appliquerait à la réparation de toutes les violations des droits procéduraux. Ici comme ailleurs, la CJUE semble condamnée à osciller entre la généralité de la règle et la singularité du cas particulier.

¹³⁷ T.F.P., 11 septembre 2008, *Bui Van/Commission*, F-51/07, *RecFP*, p. I-A-1-289 et p. II-A-1-1533.

¹³⁸ C.J., 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt/Commission*, C-385/07, *Rec.*, p. I-6155.

¹³⁹ Voy. sur ce point les conclusions présentées le 31 mars 2009 par l'avocat général Bot dans l'affaire *Der Grüne Punkt/Commission*, *op. cit.*, points 316 et s.

¹⁴⁰ Voy. C.J., 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, et Conclusions présentées le 14 avril 2011 par l'avocat général Kokott dans l'affaire *Solvay/Commission*, C-110/10 P, *Rec.*, p. I-10439.

Conclusion

Les juridictions de Luxembourg prennent plus que jamais au sérieux la protection des droits fondamentaux. Ceux-ci font l'objet d'une jurisprudence riche, élaborée, et relativement généreuse. Cette réussite ne saurait toutefois dissimuler certaines zones d'ombre. De l'affaire *Melloni* à la jurisprudence *Kone* ou *Emesa Sugar*, plusieurs exemples attestent de l'embarras de la CJUE face aux situations dans lesquelles les impératifs de protection des droits fondamentaux s'opposent frontalement à l'effectivité ou à la primauté du droit de l'Union. Ce biais « pro-communautaire » est sans doute, dans une certaine mesure, inévitable. Voilà pourquoi, loin de s'apparenter à quelque aliénation de l'ordre juridique européen, l'adhésion de l'Union à la CEDH reste utile et nécessaire pour affermir encore l'engagement de l'Europe des Vingt-Huit envers les droits de l'homme.

CHAPITRE 4. LA PRODUCTION DE MOYENS NOUVEAUX ET L'ADAPTATION DES CONCLUSIONS ET DES MOYENS DEVANT LE JUGE DE L'UNION

Hervé EXPERT¹ et Corentin POULLET²

Introduction³

1. Semblant faire écho à l'aphorisme valéryen selon lequel « ce qui est le meilleur dans le nouveau est ce qui répond à un désir ancien »⁴, le droit processuel de l'Union européenne se montre rétif, à maints égards, à la prise en compte d'éléments nouveaux. En effet, si les parties disposent devant le juge de l'Union d'une grande liberté dans le choix des éléments de fait ou de droit qu'elles entendent avancer à l'appui de leurs prétentions respectives, cette liberté n'est pas absolue, de sorte que, en particulier, la production de moyens nouveaux est, en principe, interdite, ceux-ci pouvant modifier l'objet même du litige au regard d'éléments antérieurs à l'instance ou des moyens soulevés dans le cadre de celle-ci.

2. À cet égard, afin de garantir la sécurité juridique et une bonne administration de la justice, le requérant est notamment tenu, dans l'acte introductif d'instance devant les juridictions de l'Union de formuler de manière claire et précise sa demande et d'identifier les questions qu'il entend voir être examinées par le juge⁵. L'idée est de permettre au défendeur de préparer sa défense

¹ Premier conseiller des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel français, référendaire au Tribunal de l'Union européenne.

² Référendaire au Tribunal de l'Union européenne.

³ La présente contribution est arrêtée au 6 janvier 2014. Les auteurs peuvent être contactés aux adresses suivantes : herve.expert@curia.europa.eu et corentin.poullet@curia.europa.eu. Les opinions exprimées par les auteurs dans la présente contribution le sont à titre personnel et n'engagent pas l'institution dont ils relèvent.

⁴ P. VALÉRY, *Tel quel*, Paris, Gallimard, Collection folio essais (n° 292), 2008, p. 150.

⁵ L'article 21, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne [voy. Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, annexé aux traités, tel que modifié par le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 (*J.O. L 228*, p. 1)], applicable à la procédure devant le Tribunal de l'Union européenne en vertu de l'article 53, premier alinéa, du même statut et à la procédure devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne en vertu de l'article 7, paragraphe 1, de l'annexe I de ce statut, prévoit, en effet, notamment que la requête doit contenir « les conclusions et un exposé sommaire des moyens invoqués ».

et au juge de l'Union d'exercer son contrôle⁶, le cas échéant sans autre information⁷.

3. Certains événements permettent néanmoins aux parties de faire évoluer substantiellement leurs écritures en invoquant de nouveaux moyens, voire de nouvelles conclusions. Ce phénomène prend d'ailleurs une ampleur particulière en raison du développement de contentieux spécifiques, tel celui lié aux mesures restrictives de l'Union⁸, dans le cadre desquels il arrive fréquemment que la décision attaquée soit remplacée, en cours d'instance, par un acte ayant le même objet.

4. Il semble dès lors intéressant de faire le point, à l'aune, notamment, des évolutions jurisprudentielles récentes, sur les questions qui ont trait à la production de moyens nouveaux dans le cadre de l'instance (partie I) ainsi qu'à l'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance (partie II).

I. – La production de moyens nouveaux dans le cadre de l'instance

5. La production de moyens nouveaux est, en principe, interdite durant toute la durée de l'instance. Si la règle renvoie de toute évidence aux moyens nouveaux soulevés dans la réplique ou la duplique, elle s'applique à l'ensemble des écritures. Le juge de l'Union doit ainsi apprécier la recevabilité des moyens sous l'angle de leur nouveauté tant pour les moyens présentés dans l'acte introductif d'instance et le mémoire en défense ou en réponse (A) que pour les moyens présentés dans la suite de l'instance (B).

A. *L'appréciation de la recevabilité des moyens présentés dans l'acte introductif d'instance et le mémoire en défense ou en réponse*

6. Au regard des éléments invoqués lors d'une instance antérieure, certains moyens présentés dans l'acte introductif d'instance et le mémoire en défense

⁶ Voy. C.J., 5 mai 2011, *Commission/Portugal*, C-267/09, *Rec.*, p. I-3197, point 25.

⁷ S'il appartient aux parties de délimiter le cadre du litige, le juge de l'Union ne saurait toutefois être tenu par les seuls arguments invoqués par celles-ci au soutien de leurs prétentions, sauf à le voir contraint, le cas échéant, de fonder sa décision sur des considérations juridiques erronées (C.J., 21 septembre 2010, *Suède e.a./API et Commission*, C-514/07 P, C-528/07 P et C-532/07 P, *Rec.*, p. I-8533, point 65, Trib., 28 mai 2013, *Chiboub/Conseil*, T-188/11, non encore publié au *Rec.*, point 48 et la jurisprudence citée).

⁸ Voy. articles 75 TFUE, 215 TFUE et 275 TFUE.

ou en réponse sont déclarés irrecevables par le juge de l'Union. Il convient de distinguer, à cet égard, les moyens considérés comme nouveaux au regard de la procédure précontentieuse (1) de ceux qui le sont au regard d'une procédure contentieuse antérieure (2).

1. *Le moyen nouveau au regard de la procédure précontentieuse*

7. Dans le cadre de certains contentieux, la procédure précontentieuse va circonscrire l'objet du litige. Tel est notamment et clairement⁹ le cas pour les recours en manquement (a), pour les recours en matière de fonction publique (b) et pour les recours dans le cadre du contentieux relatif aux droits de la propriété intellectuelle (c).

a. *La règle de coïncidence entre les griefs invoqués dans la requête en manquement et les motifs de l'avis motivé*

8. En vertu de l'article 258 TFUE, si la Commission européenne estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

9. Dans la mesure où la procédure précontentieuse prévue par l'article 258 TFUE a pour but de donner à l'État membre concerné l'occasion, d'une part, de se conformer à ses obligations découlant du droit de l'Union et, d'autre part, de faire utilement valoir ses moyens de défense à l'encontre des griefs formulés par la Commission¹⁰, il a été jugé que la lettre de mise en demeure adressée par la Commission à l'État membre concerné puis l'avis motivé émis par celle-ci délimitaient l'objet du litige, qui ne pouvait plus, dès lors, être étendu¹¹.

10. Ainsi, selon une jurisprudence constante, l'objet d'un recours en manquement, en application de l'article 258 TFUE, est fixé par l'avis motivé de la Commission, de sorte que le recours doit être fondé sur les mêmes motifs et moyens que cet avis¹². En effet, la possibilité pour l'État concerné de présenter

⁹ Voy. égal., mais de manière moins explicite, pour les recours dans le cadre du contentieux relatif aux droits antidumping, Trib., 28 octobre 1999, *EFMA/Conseil*, T-210/95, *Rec.*, p. II-3291, points 68 à 76.

¹⁰ Voy. C.J., 27 novembre 2003, *Commission/Finlande*, C-185/00, *Rec.*, p. I-14189, point 79 et la jurisprudence citée.

¹¹ Voy. *ibid.*, point 80 et la jurisprudence citée.

¹² Voy. C.J., 10 novembre 2011, *Commission/Portugal*, C-212/09, non encore publié au *Rec.*, point 26 et la jurisprudence citée.

ses observations constitue, même s'il estime ne pas devoir en faire usage, une garantie essentielle voulue par le traité et son respect est une forme substantielle de la régularité de la procédure constatant un manquement d'un État membre.¹³

11. Il convient toutefois de relever que, dans un arrêt de 2011, la Cour a indiqué que l'exigence de coïncidence entre les griefs invoqués dans la requête avec ceux indiqués dans l'avis motivé n'allait pas jusqu'à imposer en toute hypothèse une coïncidence parfaite¹⁴. La Commission peut notamment détailler des griefs qu'elle avait déjà fait valoir de manière plus générale dans l'avis motivé sans pour autant modifier l'objet du manquement allégué¹⁵.

b. *La règle de concordance entre la réclamation et la requête subséquente en matière de fonction publique*

12. En vertu de l'article 270 TFUE, la Cour est compétente pour statuer sur tout litige entre l'Union et ses agents dans les limites et conditions déterminées par le statut des fonctionnaires de l'Union et le régime applicable aux autres agents de l'Union (RAA). Ces limites et conditions sont fixées par l'article 91 du statut des fonctionnaires, applicable également aux agents de l'Union en vertu de l'article 73 du RAA. En vertu desdites règles, un fonctionnaire ou un agent n'est, sauf dérogation liée à la jonction au recours d'une requête tendant à obtenir le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ou des mesures provisoires, recevable à demander au juge de l'Union de statuer dans un litige qui l'oppose à l'Union que si deux conditions sont réunies. D'une part, il doit avoir préalablement saisi, dans le délai prévu¹⁶, l'autorité investie du pouvoir de nomination (dans le cas du fonctionnaire) ou l'autorité habilitée à conclure le contrat d'engagement (dans le cas de l'agent) d'une réclamation dirigée contre un acte lui faisant grief, soit que ladite autorité ait pris une décision, soit qu'elle se soit abstenue de prendre une mesure imposée par le statut des fonctionnaires ou le

¹³ Voy. C.J., 8 février 1983, *Commission/Royaume-Uni*, 124/81, *Rec.*, p. 203, point 6.

La régularité de la procédure précontentieuse constitue une garantie essentielle voulue par le traité non seulement pour la protection des droits de l'État membre en cause, mais également pour assurer que la procédure contentieuse éventuelle aura pour objet un litige clairement défini (voy. C.J. 16 juin 2005, *Commission/Italie*, C-456/03, *Rec.*, p. I-5335, point 37 et la jurisprudence citée).

¹⁴ Voy. C.J., 10 novembre 2011, *Commission/Portugal*, C-212/09, non encore publié au *Rec.*, point 27 et la jurisprudence citée.

¹⁵ Voy., en ce sens, *ibid.*, point 31 et la jurisprudence citée.

¹⁶ Il s'agit d'un délai de trois mois à compter soit du jour de la publication de l'acte s'il s'agit d'une mesure de caractère général, soit, en principe, du jour de la notification de la décision au destinataire et en tous cas au plus tard du jour où l'intéressé en a connaissance s'il s'agit d'une mesure de caractère individuel, de la date d'expiration du délai de réponse lorsque la réclamation porte sur une décision implicite de rejet de la demande invitant l'autorité investie du pouvoir de nomination ou de l'autorité habilitée à conclure des contrats d'engagements à prendre à son égard une décision (article 90, paragraphe 2, du statut des fonctionnaires).

RAA. D'autre part, cette réclamation doit avoir fait l'objet d'une décision explicite ou implicite de rejet.

13. Dans la mesure où la procédure précontentieuse prévue par l'article 91 du statut des fonctionnaires a pour objet de permettre un règlement amiable des différends survenus entre les fonctionnaires ou agents et l'administration¹⁷, il a été jugé que les conclusions présentées devant le juge de l'Union ne pouvaient contenir que des chefs de contestation reposant sur la même cause que celle sur laquelle reposaient les chefs de contestation invoqués dans la réclamation, étant précisé que ces chefs de contestation pouvaient être développés, devant le juge de l'Union, par la présentation de moyens et arguments ne figurant pas nécessairement dans la réclamation, mais s'y rattachant étroitement¹⁸.

14. La règle de concordance entre la réclamation et la requête subséquente permet ainsi de prendre en compte la finalité de la procédure précontentieuse, une information sur les critiques que l'intéressé formule à l'encontre de la décision contestée étant nécessaire dès le stade de la réclamation pour que ladite procédure puisse atteindre son objectif¹⁹. Elle permet également de prendre en considération la spécificité de l'office du juge de l'Union lorsqu'il exerce une compétence de pleine juridiction dans le cadre des litiges de caractère pécuniaire²⁰.

15. Selon une jurisprudence bien établie, la règle de concordance entre la réclamation et la requête subséquente exige, sous peine d'irrecevabilité, qu'un moyen soulevé devant le juge de l'Union l'ait déjà été dans le cadre de la

¹⁷ Voy. C.J., 14 mars 1989, *Del Amo Martinez/Parlement*, 133/88, *Rec.*, p. 689, point 9, et Trib., 29 mars 1990, *Alexandrakis/Commission*, T-57/89, *Rec.*, p. II-143, point 8.

¹⁸ Voy. C.J., 20 mai 1987, *Geist/Commission*, 242/85, *Rec.*, p. 2181, point 9, C.J., 26 janvier 1989, *Koutchoumoff/Commission*, 224/87, *Rec.*, p. 99, point 10, et C.J., 14 mars 1989, *Del Amo Martinez/Parlement*, 133/88, *Rec.*, p. 689, point 10. Le juge de l'Union a également précisé que les articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires n'avaient pas pour objet de lier, de façon rigoureuse et définitive, la phase contentieuse, dès lors que le recours contentieux ne modifie ni la cause ni l'objet de la réclamation (C.J., 7 mai 1986, *Rihoux et autres/Commission*, 52/85, *Rec.*, p. 1555). D'ailleurs, la procédure précontentieuse ayant un caractère informel et les intéressés agissant en général, à ce stade, sans le concours d'un avocat, l'administration ne doit pas examiner les réclamations de façon restrictive, mais doit, au contraire, les examiner dans un esprit d'ouverture (voy. en ce sens C.J., 13 décembre 2001, *Cubero Vermurie/Commission*, C-446/00 P, *Rec.*, p. I-10315, point 16 et la jurisprudence citée, Trib., 28 mai 1998, *W/Commission*, T-78/96 et T-170/96, *RecFP*, p. I-A-239 et II-745, point 61 et la jurisprudence citée, et T.F.P., 11 décembre 2007, *Martin Bermejo/Commission*, F-60/07, *RecFP*, p. I-A-407 et II-2259, point 35).

¹⁹ Voy. C.J., 1^{er} juillet 1976, *Sergy/Commission*, 58/75, *Rec.*, p. 1139, C.J., 17 février 1977, *Reinarz/Commission et Conseil*, 48/76, *Rec.*, p. 291, C.J., 14 mars 1989, *Del Amo Martinez/Parlement*, 133/88, *Rec.*, p. 689, point 9, et Trib., 31 mai 2005, *Dionyssopoulou/Conseil*, T-284/02, *RecFP*, p. I-A-131 et II-597, point 63.

²⁰ Voy. article 91, paragraphe 1, dernière phrase, du statut de la Cour. En pareil cas, il est raisonnablement permis de penser que, dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction, le juge de l'Union doit pouvoir accueillir de nouveaux moyens ou arguments, dès lors qu'ils sont opérants aux fins de son office et qu'ils ne sont pas fondés sur un motif d'illégalité différent de ceux soulevés dans la réclamation.

procédure précontentieuse, afin que l'autorité investie du pouvoir de nomination ou l'autorité habilitée à conclure le contrat d'engagement ait été en mesure de connaître les critiques que l'intéressé formule à l'encontre de la décision contestée²¹.

16. Dans plusieurs arrêts prononcés entre 2010 et 2012²², le Tribunal de la fonction publique a cependant retenu une interprétation plus souple de la règle de concordance entre la réclamation et la requête subséquente. Selon lui, cette règle ne saurait intervenir que dans les seuls cas où le recours contentieux modifie l'objet de la réclamation ou sa cause, cette dernière notion de cause étant à interpréter au sens large. Suivant une telle interprétation, et s'agissant des conclusions en annulation, par cause du litige, il y a lieu d'entendre la contestation par le requérant de la légalité interne de l'acte attaqué ou, alternativement, la contestation de sa légalité externe, distinction reconnue à maintes reprises dans la jurisprudence. En conséquence, et sous réserve des exceptions d'illégalité et bien entendu des moyens d'ordre public, il n'y aurait normalement modification de la cause du litige et, partant, irrecevabilité pour non-respect de la règle de concordance, que si le requérant, critiquant dans sa réclamation la seule validité formelle de l'acte lui faisant grief, y compris ses aspects procéduraux, soulève dans la requête des moyens au fond. Tel serait également le cas dans l'hypothèse inverse où le requérant, après avoir uniquement contesté dans sa réclamation la légalité au fond de l'acte lui faisant grief, introduit une requête contenant des moyens relatifs à la validité formelle de celui-ci y compris ses aspects procéduraux²³.

17. Néanmoins, dans un arrêt de 2013²⁴, le Tribunal a jugé que, en se fondant sur la seule circonstance qu'un moyen visait à contester la légalité interne ou, alternativement, la légalité externe d'un acte attaqué, pour apprécier si des chefs de contestation reposaient sur la même cause que celle sur laquelle reposaient ceux invoqués dans la réclamation, le Tribunal de la fonction publique était allé à l'encontre de la finalité poursuivie par l'article 91, paragraphe 2, du statut des fonctionnaires. Il a ensuite relevé que cette circonstance ne permettait pas d'établir que les moyens en question pouvaient être considérés comme

²¹ Voy. Trib., 7 juillet 2004, *Schmitt/AER*, T-175/03, *RecFP*, p. I-A-211 et II-939, point 42, et la jurisprudence citée.

²² Voy. T.F.P., 1^{er} juillet 2010, *Mandt/Parlement*, F-45/07, non encore publié au *Rec.*, points 108 à 123, T.F.P., 28 juin 2011, *AS/Commission*, F-55/10, non encore publié au *Rec.*, points 50 à 53 (sous pourvoi), et T.F.P., 8 mars 2012, *Kerstens/Commission*, F-12/10, non encore publié au *Rec.*, points 82 et 83, et la jurisprudence citée.

²³ Voy. T.F.P., 8 mars 2012, *Kerstens/Commission*, F-12/10, non encore publié au *Rec.*, points 82 et 83, et la jurisprudence citée.

²⁴ Voy. Trib., 25 octobre 2013, *Commission/Moschonaki*, T-476/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 70 à 86.

présentant entre eux un lien de rattachement étroit. Cependant, il a précisé que la mise en œuvre de la règle de concordance entre la requête et la réclamation ainsi que son contrôle par le juge de l'Union devait garantir l'entier respect simultanément, d'une part, du principe de protection juridictionnelle effective et, d'autre part, du principe de sécurité juridique, tout en indiquant que les notions d'objet et de cause du litige ne sauraient être interprétées de manière restrictive.

c. *La règle de concordance entre le recours exercé devant la chambre de recours de l'OHMI et celui introduit devant le juge de l'Union*

18. Dans le cadre du contentieux relatif aux droits de la propriété intellectuelle, l'article 135, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal²⁵ prévoit que les mémoires des parties ne peuvent modifier l'objet du litige devant la chambre de recours de l'office d'harmonisation du marché intérieur (OHMI).

19. Il incombe, dès lors, au juge de l'Union d'examiner d'office, la question étant d'ordre public²⁶, si les moyens exposés dans la requête, ou dans le mémoire en réponse²⁷, appartiennent bien au cadre factuel et juridique du litige tel qu'il est porté devant la chambre de recours de l'OHMI. En effet, le contrôle exercé à l'égard de la décision de ladite chambre de recours ne va pas au-delà du contrôle de sa légalité et n'a donc pas pour objet un réexamen par le juge de l'Union des circonstances de fait qui ont été appréciées par les instances de l'OHMI, exigeant la prise en considération des éléments de fait nouvellement produits devant lui²⁸.

20. Ainsi, ont été écartés comme irrecevables, notamment, un moyen n'ayant pas été avancé pendant la phase administrative de la procédure devant l'OHMI²⁹, des arguments n'ayant pas été soulevés devant la chambre de recours de l'OHMI et ne constituant pas non plus une ampliation de l'argumentation développée devant ladite chambre de recours³⁰, des preuves présentées

²⁵ Voy. règlement de procédure du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 2 mai 1991 (J.O. L 136, p. 1), tel que modifié.

²⁶ Voy. Trib., 10 décembre 2008, *Dada/OHMI – Dada (DADA)*, T-101/07, non publié au *Rec.*, point 19.

²⁷ Voy., Trib., 1^{er} février 2005, *SPAG/OHMI – Dann et Backer (HOOLIGAN)*, T-57/03, *Rec.*, p. II-287, point 23.

²⁸ Voy. C.J., 18 juillet 2006, *Rossi/OHMI*, C-214/05 P, *Rec.*, p. I-7057, point 50, et C.J., 13 mars 2007, *OHMI/Kaul*, C-29/05 P, non encore publié au *Rec.*, point 54, C.J., 26 avril 2007, *Alcon/OHMI*, C-412/05 P, *Rec.*, 2007 p. I-3569, Trib., 30 juin 2009, *Danjaq/OHMI – Mission Productions (Dr. No)*, T-435/05, *Rec.*, p. II-2097, point 11, et Trib., 23 octobre 2013, *Viejo Valle/OHMI – Établissements Coquet (Tasse et sous-tasse avec des stries)*, T-566/11 et T-567/11, non encore publié au *Rec.*, point 63.

²⁹ Voy. Trib., 10 décembre 2008, *Dada/OHMI – Dada (DADA)*, T-101/07, non publié au *Rec.*, point 18.

³⁰ Voy. Trib., 28 juin 2012, *Basile et I Marchi Italiani/OHMI – Osrà (B. Antonio Basile 1952)*, T-134/09, non encore publié au *Rec.*, point 16.

pour la première fois devant le juge de l'Union³¹ et des demandes de limitation de la liste des produits ou des services contenus dans la demande d'enregistrement de la marque communautaire ayant pour objet la modification de la description desdits produits ou services³².

21. En revanche, ont été jugés recevables, notamment, des jugements nationaux, dès lors qu'il ne s'agit pas de reprocher à la chambre de recours de l'OHMI de ne pas avoir pris en compte des éléments de fait dans un arrêt national précis, mais d'avoir violé une disposition du droit de l'Union et d'invoquer la jurisprudence à l'appui de ce moyen³³, des décisions des instances de l'OHMI qui, même produites pour la première fois devant le juge de l'Union, n'étaient pas des preuves proprement dites, mais concernaient la pratique décisionnelle de l'OHMI, à laquelle une partie avait le droit de se référer même si ladite pratique était postérieure à la procédure devant l'OHMI³⁴, des arguments n'ayant pas été soulevés devant la chambre de recours de l'OHMI, mais constituant une ampliation de l'argumentation développée devant ladite chambre de recours³⁵, des demandes de limitation de la liste des produits ou des services contenus dans la demande d'enregistrement de la marque communautaire pouvant être interprétées en ce sens qu'il n'était demandé qu'une annulation partielle de la décision attaquée³⁶.

³¹ Voy. Trib., 17 juin 2008, *El Corte Inglés/OHMI – Abril Sánchez et Ricote Saugar (BOOMERANG TV)*, T-420/03, *Rec.*, p. II-837, point 36.

³² Voy. Trib., 20 novembre 2007, *Tegometall International/OHMI – Wuppermann (TEK)*, T-458/05, *Rec.*, p. II-4721, point 25, Trib., 9 juillet 2008, *Reber/OHMI – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart)*, T-304/06, *Rec.*, p. II-1927, point 29, Trib., 10 septembre 2008, *Astex Therapeutics/OHMI – Protec Health International (astex TECHNOLOGY)*, T-48/06, non publié au *Rec.*, point 21, Trib., 9 septembre 2010, *Nadine Trautwein RDF Trautwein/OHMI (Hunter)*, T-505/08, non publié au *Rec.*, points 17 et 19, Trib., 20 février 2013, *Caventa/OHMI–Anson's Herrenhaus (B BERG)*, T-631/11, non encore publié au *Rec.*, point 23 et Trib., 10 décembre 2013, *Colgate-Palmolive OHMI – dm-drogerie market (360° SONIC ENERGY)*, T-467/11, non encore publié au *Rec.*, point 18.

³³ Voy. Trib., 17 juin 2008, *El Corte Inglés/OHMI – Abril Sánchez et Ricote Saugar (BOOMERANG TV)*, T-420/03, *Rec.*, p. II-837, point 37, Trib., 12 novembre 2008, *Lego Juris/OHMI – Mega Brands (brique de Lego rouge)*, T-270/06, *Rec.*, p. II-3117, points 24 et 25.

³⁴ Voy. Trib., 26 octobre 2011, *Bayerische Asphaltmischerwerke/OHMI – Koninklijke BAM Groep (bam)*, T-426/09, non publié au *Rec.*, point 39.

³⁵ Voy. Trib., 28 juin 2012, *I Marchi Italiani et Basile/OHMI–Osra (B. Antonio Basile 1952)*, T-133/09, non encore publié au *Rec.*, point 17.

³⁶ Voy. Trib., 5 mars 2003, *Unilever/OHMI (Tablette ovoïde)*, T-194/01, *Rec.*, p. II-383, points 13 à 17, Trib., 8 juillet 2004, *Telepharmacy Solutions/OHMI (TELEPHARMACY SOLUTIONS)*, T-289/02, *Rec.*, p. II-2851, point 14, Trib., 9 septembre 2010, *Nadine Trautwein RDF Trautwein/OHMI (Hunter)*, T-505/08, non-publié au *Rec.*, points 16 et 18 et Trib., 20 février 2013, *Caventa/OHMI–Anson's Herrenhaus (B BERG)*, T-631/11, non encore publié au *Rec.*, point 22.

2. *Le moyen nouveau au regard d'une procédure contentieuse antérieure*

22. Les décisions du Tribunal ou du Tribunal de la fonction publique peuvent éventuellement être contestées dans le cadre d'un pourvoi³⁷. Toutefois, des moyens qui n'auraient pas été soulevés au cours de la procédure contentieuse antérieure ne peuvent être invoqués ni dans la requête de pourvoi (a) ni lors de la procédure après renvoi (b).

a. *La règle de l'appréciation par le juge du pourvoi de la solution légale qui avait été donnée aux seuls moyens débattus devant les premiers juges*

23. En vertu de l'article 56 du statut de la Cour, toute partie ayant partiellement ou totalement succombé en ses conclusions peut, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision attaquée, former un pourvoi devant la Cour contre les décisions du Tribunal mettant fin à l'instance, ainsi que contre ses 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. De même, en vertu de l'article 9 de l'annexe I dudit statut, toute partie ayant partiellement ou totalement succombé en ses conclusions peut, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision attaquée, former un pourvoi devant le Tribunal contre les décisions du Tribunal de la fonction publique mettant fin à l'instance, ainsi que contre ses 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.

24. À cet égard, il a été itérativement jugé par la Cour que, en cas de pourvoi, la compétence du juge était normalement limitée à l'appréciation de la solution légale qui avait été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges. En effet, permettre à une partie de soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal reviendrait à lui permettre de saisir la Cour, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le Tribunal³⁸.

³⁷ Voy. article 56 du statut de la Cour et article 9 de l'annexe I dudit statut [ajoutée par la décision (CE, euratom) n° 752/2004 du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (J.O. L 333, p. 7)].

³⁸ Voy. C.J., 1^{er} juin 1994, *Commission/Brazzelli Lualdi e.a.*, C-136/92 P, *Rec.*, p. I-1981, points 58 et 59, C.J., 17 septembre 1996, *San Marco/Commission*, C-19/95 P, *Rec.*, p. I-4435, points 48 et 49, C.J., 12 décembre 1996, *Progoulis/Commission*, C-49/96 P, *Rec.*, p. I-6803, points 31 et 32, C.J., 17 juillet 1998, *Sateba/Commission*, C-422/97 P, *Rec.*, p. I-4913, points 29 et 30, C.J., 1^{er} octobre 1998, *Langnese-Iglo/Commission*,

25. Cette jurisprudence a été récemment appliquée par analogie par le Tribunal³⁹. Ce dernier a rejeté comme irrecevable un moyen soulevé pour la première fois, dans le cadre du pourvoi, en indiquant que permettre à une partie de soulever pour la première fois devant lui un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le Tribunal de la fonction publique reviendrait à lui permettre de saisir le Tribunal, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le Tribunal de la fonction publique.

26. Un tempérament doit néanmoins être apporté à la règle de l'appréciation par le juge du pourvoi de la solution légale qui avait été donnée aux seuls moyens débattus devant les premiers juges. En effet, dès lors que des griefs sont invoqués aux fins d'identifier une erreur de droit prétendument commise par le juge de première instance, le juge du pourvoi doit pouvoir examiner leur bien-fondé.⁴⁰ Afin de justifier cette solution, la Cour se fonde essentiellement sur l'article 127, paragraphe 1, de son règlement de procédure⁴¹, applicable à la procédure de pourvoi conformément à l'article 190, paragraphe 1, de ce règlement pour qualifier une allégation ayant été soulevée pour la première fois au stade du pourvoi de moyen nouveau devant être déclaré irrecevable dès lors qu'il ne se fonde pas sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure⁴². Elle permet ainsi au requérant sur pourvoi de contester un raisonnement figurant dans l'arrêt attaqué dont il n'avait évidemment pas pu prendre connaissance, au cours de la procédure devant le juge de première instance⁴³.

b. *La règle de l'interdiction de produire des moyens nouveaux en cours d'instance appliquée à la procédure après renvoi*

27. En vertu de l'article 61 du statut de la Cour, lorsque le pourvoi est fondé, la Cour annule la décision du Tribunal. Elle peut alors soit statuer elle-même définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le Tribunal pour qu'il statue. De même, l'article 13

C-279/95 P, *Rec.*, p. I-239, points 54 et 55, C.J., 14 octobre 1999, *Infrisa/Commission*, C-437/98 P, *Rec.*, 1999 p. I-7145, points 28 et 29, C.J., 27 avril 2006, *L/Commission*, C-230/05 P, *Rec.*, p. I-55, points 98 et 99, C.J., 27 février 2007, *Gestoras Pro Amnistia e.a./Conseil*, C-354/04 P, *Rec.*, p. I-1579, points 29 et 30, C.J., 27 février 2007, *Segi e.a./Conseil*, C-355/04 P, *Rec.*, p. I-1657, points 29 et 30 et C.J., 12 novembre 2009, *SGL Carbon/Commission*, C-564/08 P, *Rec.*, p. I-191, points 21 et 22.

³⁹ Voy. Trib., 6 décembre 2012, *Strobl/Commission*, T-630/11 P, point 57.

⁴⁰ Voy. C.J., 11 octobre 2007, *Grèce/Commission*, C-332/06 P, *Rec.*, p. I-138 (publication sommaire), point 44.

⁴¹ Voy. règlement de procédure de la Cour de justice (*J.O.* 2012, L 265, p. 1).

⁴² Voy. C.J., 18 décembre 2008, *Coop de France bétail et viande e.a./Commission*, C-101/07 P et C-110/07 P, *Rec.*, p. I-10193, point 110, C.J., 1^{er} juillet 2009, *Marinova/Université Libre de Bruxelles et Commission*, C-29/09 P, *Rec.*, p. I-115 (publication sommaire), point 21.

⁴³ Voy. C.J., 2 octobre 2001, *BEI/Hautem*, C-449/99 P, *Rec.*, p. I-6733, points 87 à 89.

de l'annexe I dudit statut prévoit que, lorsque le pourvoi est fondé, le Tribunal annule la décision du Tribunal de la fonction publique et statue lui-même sur le litige. Il renvoie toutefois l'affaire devant le Tribunal de la fonction publique pour qu'il statue, lorsque le litige n'est pas en état d'être jugé.

28. En cas de renvoi, si la procédure écrite devant le juge de première instance est terminée lors de l'intervention de l'arrêt de renvoi, la procédure se déroule selon des modalités particulières, avec la possibilité pour les parties de déposer un mémoire d'observations écrites⁴⁴. Dans le cas contraire, la procédure écrite est reprise au stade où elle se trouvait, dans le cadre des mesures d'organisation de la procédure arrêtées par le Tribunal⁴⁵. En outre, si les circonstances le justifient, le juge de renvoi peut autoriser le dépôt de mémoires complémentaires d'observations écrites⁴⁶.

29. Dans un arrêt de 2008⁴⁷, la Cour a jugé que l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal était applicable en vertu de l'article 120 du même règlement lorsque le Tribunal était saisi par un arrêt de renvoi de la Cour et que, dès lors, la production de moyens nouveaux en cours d'instance était interdite, à moins que ces moyens ne fussent fondés sur des éléments de droit ou de fait qui s'étaient révélés pendant la procédure et, partant, que les parties n'étaient pas recevables, en principe, à invoquer des moyens qui n'auraient pas été soulevés au cours de la procédure qui avait donné lieu à la décision annulée.

30. En 2011⁴⁸, le Tribunal a repris cette solution, qui semble également pouvoir être appliquée par analogie en ce qui concerne l'article 43, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique⁴⁹ qui est applicable en vertu de l'article 114, paragraphe 6, du même règlement lorsque le Tribunal de la fonction publique est saisi par un arrêt de renvoi du Tribunal.

⁴⁴ Voy. article 119, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal et article 114, paragraphes 1 à 3, du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique.

⁴⁵ Voy. article 119, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal et article 114, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique.

⁴⁶ Voy. article 119, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal et article 114, paragraphe 5, du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique.

⁴⁷ Voy. C.J., 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste/UFEX e.a.*, C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, point 71.

⁴⁸ Voy. Trib., 14 septembre 2011, *Marcuccio/Commission*, T-236/02, non encore publié au *Rec.*, point 88 (sous pourvoi). La question va néanmoins probablement être réexaminée par la Cour dans le cadre du pourvoi dirigé contre cet arrêt (*J.O.* 2012, C 25, p. 43).

⁴⁹ Voy. règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne du 25 juillet 2007 (*J.O.* L 225, p. 1), tel que modifié.

B. *L'appréciation de la recevabilité des moyens présentés en cours d'instance*

31. En vertu, d'une part, de l'article 127, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour de justice et de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, dispositions également applicables à la procédure de pourvoi devant les juridictions concernées⁵⁰ et, d'autre part, de l'article 43, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique, la production de moyens nouveaux en cours d'instance est interdite à moins que ces moyens ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure⁵¹.

32. Cette règle, qui est d'application stricte en raison du caractère impératif des règles de procédure⁵², vise à sanctionner la présentation tardive des moyens invoqués après l'expiration du délai de recours⁵³, dans la mesure où cela aurait pour effet d'élargir l'objet du litige tel qu'il a été défini dans la requête⁵⁴, le mémoire complémentaire à la requête déposé dans le délai de recours et le mémoire en défense. Elle trouve également à s'appliquer dans le cadre d'une procédure accélérée⁵⁵ et des « litiges relevant du droit privé », dont les litiges portés devant le Tribunal en vertu d'une clause compromissoire⁵⁶, mais ne semble pas concerner, au regard d'une jurisprudence de 2012⁵⁷, les moyens avancés à l'appui des conclusions en réformation. Enfin,

⁵⁰ En ce qui concerne la Cour, voy. C.J., 4 octobre 2007, *Henkel/OHMI*, C-144/06 P, *Rec.*, p. I-8109, point 50. En ce qui concerne le Tribunal, voy. Trib., 18 décembre 2008, *Thierry/Commission*, T-223/07 P, *RecFP*, p. I-B-1-00081 et II-B-1-00519, point 27, et Trib., 16 septembre 2009, *Boudova e.a./Commission*, T-271/08 P, *RecFP*, p. I-B-1-00071 et II-B-1-00441, point 60.

⁵¹ Dans cette dernière hypothèse, ces moyens nouveaux sont recevables et l'autre partie peut être invitée à répondre à ces moyens [Trib., 30 septembre 2009, *Lior/Commission*, T-192/01 et T-245/04, *Rec.*, p. II-178 (publication sommaire), point 177].

⁵² Voy. C.J., 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati/Commission*, C-113/07 P, *Rec.*, p. I-2207, point 48.

⁵³ Voy. Trib., 14 juin 2012, *Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe/Commission*, T-338/08, non encore publié au *Rec.*, point 22 (sous pourvoi).

⁵⁴ Voy. Trib., 6 mai 2008, *Redcats/OHMI – Revert & Cía (REVERIE)*, T-246/06, *Rec.*, p. II-71 (publication sommaire), point 24, et Trib., 8 mars 2013, *Mayer Naman/OHMI–Daniel e Mayer (David Mayer)*, T-498/10, non encore publié au *Rec.*, point 23.

⁵⁵ Voy. Trib., 30 septembre 2003, *Cableuropa e.a./Commission*, T-346/02 et T-347/02, *Rec.*, p. II-4251, point 109.

⁵⁶ Voy. Trib., 7 décembre 2010, *Commission/Commune de Valbonne*, T-238/08, *Rec.*, p. II-260 (publication sommaire), point 68.

⁵⁷ Le Tribunal a jugé que, « dans l'exercice de ses pouvoirs de pleine juridiction, le juge de l'Union [devait] pouvoir accueillir de nouveaux moyens ou arguments, dès lors qu'ils [étaient] opérants aux fins de son office et qu'ils [n'étaient] pas fondés sur un motif d'illégalité différent de ceux soulevés dans la requête » [voy. Trib., 27 septembre 2012, *Ballast Nedam Infra/Commission*, T-362/06, non encore publié au *Rec.*, point 138, Trib., 27 septembre 2012, *Shell Petroleum e.a./Commission*, T-343/06, non encore publié au *Rec.*, point 272 (sous pourvoi) et Trib., 27 septembre 2012, *Total/Commission*, T-344/06, non encore publié au *Rec.*, point 98.]

elle constitue une fin de non-recevoir devant être soulevée d'office par le juge de l'Union⁵⁸.

33. Pour apprécier la recevabilité du moyen présenté en cours d'instance, le juge de l'Union doit ainsi tenir compte, en premier lieu, de son office. Ce n'est que lorsqu'il exerce un contrôle de légalité de la décision attaquée qu'il lui incombe de vérifier, même d'office, si les parties n'ont pas soulevé en cours d'instance de moyen nouveau au regard des moyens soulevés antérieurement (1) et, en présence d'un moyen nouveau, d'examiner si la production dudit moyen se fonde sur un élément de fait ou de droit révélé pendant la procédure (2).

1. *Le moyen nouveau au regard des moyens soulevés antérieurement*

34. En cours d'instance, les parties peuvent invoquer des éléments de fait et de droit afin de convaincre le juge de faire droit à leurs conclusions. Parmi ces éléments, certains sont susceptibles d'être qualifiés de moyens nouveaux au sens de l'article 127, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour de justice, de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, et de l'article 43, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique. Si le juge de l'Union a opté pour une interprétation très large de la notion de moyen au sens desdites dispositions (a), il a défini négativement le caractère nouveau d'un moyen (b).

a. *Une interprétation large de la notion de moyen*

35. L'interdiction de produire des moyens nouveaux en cours d'instance s'adresse aussi bien au requérant qu'au défendeur⁵⁹ ou à l'intervenant⁶⁰, mais

⁵⁸ Voy. Trib. 26 juin 2008, *SIC/Commission*, T-442/03, *Rec.*, p. II-1161, point 157. Le juge de l'Union n'est toutefois pas tenu de répondre explicitement à un moyen nouveau n'ayant pas été fondé sur des éléments nouveaux qui se seraient révélés au cours de la procédure (voy., en ce sens, C.J., 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission*, C-395/96 P et C-396/96 P, *Rec.*, p. I-1365, points 106 à 108 et C.J., 16 décembre 2010, *AceaElectrabel Produzione/Commission*, C-480/09 P, *Rec.*, p. I-13355, point 112).

⁵⁹ Voy. C.J., 5 novembre 2002, *Commission/Belgique*, C-471/98, *Rec.*, p. I-9681, points 41 à 43, C.J., 29 juin 2010, *Commission/Luxembourg*, C-526/08, *Rec.*, p. I-6151, points 48 à 51 et C.J., 22 décembre 2010, *Commission/Malte*, C-351/09, *Rec.*, p. I-180, points 21 à 25, ainsi que Trib., 10 avril 2003, *Travellex Global and Financial Services et Interpayment Services/Commission*, T-195/00, *Rec.*, p. II-1677, points 40 à 43, Trib., 17 décembre 2003, *Chawdhry/Commission*, T-133/02, *RecFP*, p. I-A-329 et II-1617, point 48, Trib., 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/Commission*, T-298/09, *Rec.*, p. II-300 (publication sommaire), point 18, Trib., 20 mars 2013, *Bank Saderat/Conseil*, T-495/10, non encore publié au *Rec.*, point 45, Trib., 20 mars 2013, *Melli Bank/Conseil*, T-492/10, non encore publié au *Rec.*, point 51, et Trib., 12 décembre 2013, *Nabipour e.a./Conseil*, T-58/12, non encore publié au *Rec.*, point 153.

⁶⁰ Voy. Trib. 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce/Commission*, T-587/08, non encore publié au *Rec.*, point 792 (sous pourvoi).

non au juge de l'Union⁶¹. Elle vise tout élément de fait ou de droit soulevé après le dépôt du mémoire en défense⁶² que ce soit dans la réplique⁶³, dans la duplique⁶⁴, lors de la procédure orale⁶⁵ ou dans le cadre d'une réponse à une question de la juridiction⁶⁶.

36. La notion de moyen doit s'entendre dans un sens large comme couvrant tout argument juridique ou factuel susceptible de conduire le juge de l'Union, s'il l'estime fondé, à faire droit aux conclusions de la partie qui l'invoque⁶⁷. Sont ainsi visés, dès lors qu'ils ont été soulevés par les parties, tant les moyens

⁶¹ Voy. C.J., 19 novembre 1998, *Parlement/Gutiérrez de Quijano y Lloréns*, C-252/96 P, *Rec.*, p. I-7421, points 29 et 30 et Trib., 3 avril 2003, *BaByliss/Commission*, T-114/02, *Rec.*, p. II-1279, point 306. L'interdiction ne saurait être interprétée comme ayant pour objet de restreindre le pouvoir d'appréciation du Tribunal, de sorte que ce dernier serait empêché de retenir une interprétation donnée d'une décision au motif que la même interprétation a été proposée de manière tardive par l'une des parties à la procédure (voy. C.J., 19 juillet 2012, *Alliance One International et Standard Commercial Tobacco/Commission*, C-628/10 P et C-14/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 123).

⁶² Voy. T.F.P., 16 septembre 2013, *Glantenay e.a./Commission*, F-23/12 et F-30/12, non encore publié au *Rec.*, point 54. Voy. également le point 75 des conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 28 janvier 2010 dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 29 juin 2010, *Commission/Luxembourg* (C-526/08, *Rec.*, p. I-6151).

⁶³ Voy., p. ex., Trib., 18 novembre 1992, *Rendo e.a./Commission*, T-16/91, *Rec.*, p. II-2417, point 123 et Trib., 7 juin 2006, *Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commission*, T-213/01 et T-214/01, *Rec.*, p. II-1601, point 176.

⁶⁴ Voy. Trib., 10 avril 2003, *Travelex Global and Financial Services et Interpayment Services/Commission*, T-195/00, *Rec.*, p. II-1677, points 40 à 43, Trib., 17 décembre 2003, *Chaudhry/Commission*, T-133/02, *RecFP*, p. I-A-329 et II-1617, point 48, Trib., 20 septembre 2011, *Evropaiki Dynamiki/Commission*, T-298/09, *Rec.*, p. II-300 (publication sommaire), point 18, Trib., 20 mars 2013, *Bank Saderat/Conseil*, T-495/10, non encore publié au *Rec.*, point 45, Trib., 20 mars 2013, *Melli Bank/Conseil*, T-492/10, non encore publié au *Rec.*, point 51, et Trib., 22 décembre 2013, *Nabipour e.a./Conseil*, T-58/12, non encore publié au *Rec.*, point 133.

⁶⁵ Voy. C.J., 24 septembre 2009, *Alcon/OHMI*, C-481/08 P, *Rec.*, p. I-151, point 17, et Trib., 10 avril 2008, *Deutsche Telekom/Commission*, T-271/03, *Rec.*, p. II-477, point 138, Trib., 14 octobre 2009, *Bank Melli Iran/Conseil*, T-390/08, *Rec.*, p. II-3967, point 30, Trib., 26 novembre 2008, *Avon Products/OHMI (ANEW ALTERNATIVE)*, T-184/07, *Rec.*, p. II-295, point 37, Trib., 28 octobre 2009, *BCS/OHMI – Deere (Combinaison des couleurs verte et jaune)*, T-137/08, *Rec.*, p. II-4047 points 22 et 23, Trib., 17 mai 2011, *Elf Aquitaine/Commission*, T-299/08, *Rec.*, p. II-2149, point 173, Trib., 25 avril 2012, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft/Conseil*, T-509/10, non encore publié au *Rec.*, point 46 (sous pourvoi), Trib., 27 juin 2012, *Bolloré/Commission*, T-372/10, non encore publié au *Rec.*, point 182 (sous pourvoi), Trib., 27 juin 2012, *YKK e.a./Commission*, T-448/07, non encore publié au *Rec.*, point 65 (sous pourvoi) et Trib., 8 mars 2013, *Mayer Naman/OHMI–Daniel e Mayer (David Mayer)*, T-498/10, non encore publié au *Rec.*, point 23.

⁶⁶ Voy. C.J., 14 mai 1998, *Conseil/de Nil et Impens*, C-259/96 P, *Rec.*, p. I-2915, point 31, et C.J., 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, 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, points 369 et 370, ainsi que Trib., 14 décembre 2005, *General Electric/Commission*, T-210/01, *Rec.*, p. II-5575, point 505, Trib., 13 octobre 2008, *Neophytou/Commission*, T-43/07 P, *RecFP*, p. I-B-1-53 et II-B-1-373, point 76, Trib., 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava e.a.*, T-230/01 à T-232/01 et T-267/01 à T-269/01, *Rec.*, p. II-139 (publication sommaire), point 199 et Trib., 16 juin 2011, *FMC Forest/Commission*, T-191/06, *Rec.*, p. II-2959, points 300 et 301.

⁶⁷ Sur l'interprétation de la notion de moyen en ce qui concerne l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal, voy. Trib., 17 juin 2010, *CEVA/Commission*, T-428/07 et T-455/07, *Rec.*, p. II-2431, point 60.

au sens classique du terme⁶⁸ que les griefs invoqués au soutien desdits moyens⁶⁹, les exceptions d'illégalité⁷⁰, les arguments⁷¹, les allégations⁷² ou les observations⁷³, mais non les corrigenda⁷⁴.

b. Une définition négative du caractère nouveau du moyen

37. Un moyen qui constitue l'ampliation d'un moyen énoncé antérieurement, directement ou implicitement, dans la requête, et qui présente un lien étroit avec celui-ci, ne constitue pas un moyen nouveau au sens de l'article 127, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour de justice⁷⁵, de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal⁷⁶, et, même si

⁶⁸ Voy. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, PUF, 2000, p. 563.

⁶⁹ Voy. Trib., 21 mars 2002, *Joynson/Commission*, T-231/99, *Rec.*, p. II-2085, point 156, Trib., 15 octobre 2008, *Mote/Parlement*, T-345/05, *Rec.*, p. II-2849, point 85, Trib., 12 mai 2010, *Beifa Group/OHMI – Schwan-Stabilo Schwanhäußer (Instrument d'écriture)*, T-148/08, *Rec.*, p. II-1681, point 102, Trib., 16 novembre 2011, *Sachsa Verpackung/Commission*, T-79/06, *Rec.*, p. II-406 (publication sommaire), point 91 (sous pourvoi), Trib., 16 novembre 2011, *Groupe Gascogne/Commission*, *Rec.*, p. II-400 (publication sommaire), T-72/06, point 23 (sous pourvoi), et Trib., 12 décembre 2012, *Novácke chemické závody/Commission*, T-352/09, non encore publié au *Rec.*, point 168.

⁷⁰ Voy. Trib., 12 mai 1999, *Moccia Irme e.a./Commission*, T-164/96 à T-167/96, T-122/97 et T-130/97, *Rec.*, p. II-1477, point 48, Trib., 18 novembre 2004, *Ferriere Nord/Commission*, T-176/01, *Rec.*, p. II-3931, point 136, Trib., 27 septembre 2005, *Common Market Fertilizers/Commission*, T-134/03 et T-135/03, *Rec.*, p. II-3923, point 51, Trib., 24 octobre 2006, *Ritek et Prodisc Technology/Conseil*, T-274/02, *Rec.*, p. II-4305, point 75, Trib., 26 juin 2008, *Alferink e.a./Commission*, T-94/98, *Rec.*, p. II-1125, point 39, Trib., 24 septembre 2008, *Reliance Industries/Conseil et Commission*, T-45/06, *Rec.*, p. II-2399, points 64 et 65, et Trib., 4 septembre 2012, *DAI/Commission*, T-381/08, non encore publié au *Rec.*, points 32 à 37.

⁷¹ Voy. Trib., 18 janvier 2012, *Djebel – SGPS/Commission*, T-422/07, non encore publié au *Rec.*, point 143 Trib., 12 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-394/06, non encore publié au *Rec.*, point 48, et Trib., 10 octobre 2012, *Gem-Year et Jinn-Well Auto-Parts (Zhejiang)/Conseil*, T-172/09, non encore publié au *Rec.*, point 139 (sous pourvoi).

⁷² Voy. Trib., 12 novembre 2013, *Deutsche Post/Commission*, T-570/08 RENV, non encore publié au *Rec.*, point 115.

⁷³ Voy. Trib., 14 mars 2007, *Aluminium Silicon Mill Products/Conseil*, T-107/04, *Rec.*, p. II-669, point 61.

⁷⁴ Voy. Trib., 29 septembre 2011, *Pologne/Commission*, T-4/06, *Rec.*, p. II-331 (publication sommaire), points 41 à 44.

⁷⁵ Voy., s'agissant de l'ancien article 42, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour, C.J., 19 mai 1983, *Verros/Parlement*, 306/81, *Rec.*, p. 1755, point 9 et la jurisprudence citée.

⁷⁶ Voy. C.J., 13 novembre 2001, *Dürbeck/Commission*, C-430/00 P, *Rec.*, p. II-8547, point 17, C.J., 26 avril 2007, *Alcon/OHMI*, C-412/05 P, *Rec.*, p. I-3569, points 38 à 40, et C.J., 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 34, ainsi que Trib., 20 septembre 1990, *Hanning/Parlement*, T-37/89, *Rec.*, p. II-463, point 38, Trib., 3 mars 1993, *Booss et Fischer/Commission*, T-58/91, *Rec.*, p. II-147, point 66, Trib., 17 décembre 1997, *Moles García Ortúzar/Commission*, T-216/95, *RecFP*, p. I-A-403 et II-1083, point 87, Trib., 17 décembre 1997, *Passera/Commission*, T-217/95, *RecFP*, p. I-A-413 et II-1109, point 87, Trib., 17 juillet 1998, *Thai Bicycle/Conseil*, T-118/96, *Rec.*, p. II-2991, point 142, Trib., 17 juillet 1998, *Hubert/Commission*, T-28/97, *RecFP*, p. I-A-435 et II-1255, point 38, Trib., 19 septembre 2000, *Dürbeck/Commission*, T-252/97, *Rec.*, p. II-3031, point 39, Trib., 18 octobre 2001, *X/BCE*, T-333/99, *Rec.*, p. II-3021, point 174, Trib., 10 avril 2003, *Travellex Global and Financial Services et Interpayment Services/Commission*, T-195/00, *Rec.*, p. II-1677, point 34, Trib., 30 septembre 2003, *Cableuropa e.a./Commission*, T-346/02 et T-347/02, *Rec.*, p. II-4251, point 111, Trib., 25 octobre 2005, *Cwik/Commission*, T-96/04, *RecFP*, p. I-A-343 et II-1523, point 62, Trib., 15 mars 2006, *Italie/*

cela ne semble pas encore avoir été jugé en ces termes, de l'article 43, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique.

38. Une solution analogue s'impose également pour une branche invoquée au soutien d'un moyen⁷⁷, un grief invoqué au soutien d'un moyen⁷⁸, une argumentation⁷⁹ et des arguments supplémentaires avancés à l'appui de ce qui a déjà été demandé dans les conclusions de la requête⁸⁰.

Commission, T-226/04, *Rec.*, p. II-29 (publication sommaire), point 64, Trib., 17 mai 2006, *Lavagnoli/Commission*, T-95/04, *RecFP*, p. I-A-2-121 et II-A-2-569, point 118, Trib., 14 mars 2007, *Aluminium Silicon Mill Products/Conseil*, T-107/04, *Rec.*, p. II-669, point 60, Trib., 3 mai 2007, *Espagne/Commission*, T-219/04, *Rec.*, p. II-1323, point 46, Trib., 24 mai 2007, *Duales System Deutschland/Commission*, T-151/01, *Rec.*, p. II-1607, point 71, Trib., 12 septembre 2007, *Ufex e.a./Commission*, T-60/05, *Rec.*, p. II-3397, point 123, Trib., 27 novembre 2007, *Pitsiorlas/Conseil et BCE*, T-3/00 et T-337/04, *Rec.*, p. II-4779, point 179, Trib., 21 mai 2008, *Belfuss/Conseil*, T-495/04, *Rec.*, p. II-781, point 87, Trib., 26 juin 2008, *SIC/Commission*, T-442/03, *Rec.*, p. II-1161, point 157, Trib., 26 juin 2008, *Alferink e.a./Commission*, T-94/98, *Rec.*, p. II-1125, point 38, Trib., 9 septembre 2008, *Bayer CropScience e.a./Commission*, T-75/06, *Rec.*, p. II-2081, point 134, Trib., 8 octobre 2008, *Carbone-Lorraine/Commission*, T-73/04, *Rec.*, p. II-2661, point 137, Trib., 15 octobre 2008, *Mote/Parlement*, T-345/05, *Rec.*, p. II-2849, point 85, Trib., 10 février 2009, *Deutsche Post et DHL International/Commission*, T-388/03, *Rec.*, p. II-199, point 71, Trib., 30 septembre 2009, *Lior/Commission*, T-192/01 et T-245/04, *Rec.*, p. II-178 (publication sommaire), point 178, Trib., 2 mars 2010, *Evropaiki Dynamiki/EMSA*, T-70/05, *Rec.*, p. II-313, point 119, Trib., 28 avril 2010, *Gütermann/Commission*, T-456/05 et T-457/05, *Rec.*, p. II-1443, point 199, Trib., 12 mai 2010, *Beifa Group/OHMI – Schwan-Stabilo Schwanhäußer (Instrument d'écriture)*, T-148/08, *Rec.*, p. II-1681, point 103, Trib., 19 mai 2010, *Outokumpu et Lwata/Commission*, T-20/05, *Rec.*, p. II-89 (publication sommaire), point 58, Trib., 19 mai 2010, *Boliden e.a./Commission*, T-19/05, *Rec.*, p. II-1843, point 90, Trib., 7 décembre 2010, *Commission/Commune de Valbonne*, T-238/08, *Rec.*, p. II-260 (publication sommaire), point 67, Trib., 24 mai 2011, *NLG/Commission*, T-109/05 et T-444/05, *Rec.*, p. II-2479, point 149, Trib., 3 mars 2011, *Areva e.a./Commission*, T-117/07 et T-121/07, *Rec.*, p. II-633, point 59 (sous pourvoi), Trib., 22 mars 2011, *Altstoff Recycling Austria/Commission*, T-419/03, *Rec.*, p. II-975, point 44, Trib., 16 juin 2011, *SNIA/Commission*, T-194/06, *Rec.*, p. II-3119, point 73 (sous pourvoi), Trib., 5 octobre 2011, *Romana Tabacchi/Commission*, T-11/06, non encore publié au *Rec.*, point 124, Trib., 6 octobre 2011, *Galileo International Technology/OHMI – Galileo Sistemas y Servicios (GSS GALILEO SISTEMAS Y SERVICIOS)*, T-488/08, *Rec.*, p. II-350 (publication sommaire), point 55, Trib., 3 février 2012, *Ecologistas en Acción-CODA/Commission*, T-359/10, non encore publié au *Rec.*, point 33, Trib., 10 juillet 2012, *TFI e.a./Commission*, T-520/09, non encore publié au *Rec.*, point 185, Trib., 29 novembre 2012, *Thesing et Bloomberg Finance/BCE*, T-590/10, non encore publié au *Rec.*, point 24 (sous pourvoi), Trib., 12 décembre 2012, *Novácke chemické závody/Commission*, T-352/09, non encore publié au *Rec.*, point 168, et Trib., 26 février 2013, *Castiglioni/Commission*, T-591/10, non encore publié au *Rec.*, point 36.

⁷⁷ Voy. Trib., 27 septembre 2006, *Avebe/Commission*, T-314/01, *Rec.*, p. II-3085, point 61.

⁷⁸ Voy. C.J., 26 avril 2007, *Alcon/OHMI*, C-412/05 P, *Rec.*, p. I-3569, point 40, Trib., 20 juin 2007, *Tirrenia di Navigazione e.a./Commission*, T-246/99, *Rec.*, p. II-65 (publication sommaire), point 58, Trib., 15 octobre 2008, *Mote/Parlement*, T-345/05, *Rec.*, p. II-2849, point 85, Trib., 16 novembre 2011, *Sachsa Verpackung/Commission*, T-79/06, non encore publié au *Rec.*, point 91 (sous pourvoi), Trib., 16 novembre 2011, *Groupe Gascogne/Commission*, T-72/06, non encore publié au *Rec.*, point 23 (sous pourvoi), et Trib., 12 décembre 2012, *Novácke chemické závody/Commission*, T-352/09, non encore publié au *Rec.*, point 168.

⁷⁹ Voy. Trib., 21 mars 2002, *Joynson/Commission*, T-231/99, *Rec.*, p. II-2085, point 156, Trib., 27 septembre 2006, *Archer Daniels Midland/Commission*, T-329/01, *Rec.*, p. II-3255, point 144, Trib., 11 décembre 2007, *Sack/Commission*, T-66/05, *RecFP*, p. I-A-2-229 et II-A-2-1487, point 117, Trib., 24 mai 2007, *Duales System Deutschland/Commission*, T-289/01, *Rec.*, p. II-1691, point 138, et Trib., 13 octobre 2008, *Neophytou/Commission*, T-43/07 P, *RecFP*, p. I-B-1-53 et II-B-1-373, point 76.

⁸⁰ Voy. C.J., 18 juillet 2006, *Rossi/OHMI*, C-214/05 P, *Rec.*, p. I-7057, point 30, et Trib., 5 avril 2001, *Wirtschaftsvereinigung Stahl e.a./Commission*, T-16/98, *Rec.*, p. II-1217, point 49.

39. Le caractère nouveau du moyen au sens large est ainsi défini négativement par une double condition, à savoir l'absence d'ampliation d'un moyen soulevé antérieurement et l'inexistence d'un lien étroit avec celui-ci. Cela suppose, d'une part, d'identifier un moyen soulevé antérieurement, ne fût-ce que sous une forme embryonnaire, comme cela a été jugé en 2012⁸¹, voire même implicitement comme l'avait déjà jugé la Cour en 2008⁸², dont le moyen soulevé en cours d'instance constitue l'ampliation et, d'autre part, d'examiner s'il existe un lien étroit entre ces moyens, le dernier constituant implicitement une partie du premier⁸³. À cet égard, il est intéressant de relever que, dans un autre arrêt de 2009, la Cour a, en substance, jugé qu'une contestation portant sur une méthode de calcul, dès lors que celle-ci constitue un élément essentiel de la décision litigieuse, aurait dû être formulée de façon spécifique devant le Tribunal dès le stade de l'acte introductif d'instance et, partant, ne saurait être considérée comme un simple développement du moyen tiré d'une détermination erronée du montant de base de l'amende⁸⁴.

40. Par ailleurs, en ce qui concerne les moyens soulevés en cours d'instance par un intervenant, si l'article 40, paragraphe 4, du statut de la Cour de justice prévoit que les conclusions formulées par un intervenant ne peuvent avoir d'autre objet que le soutien des conclusions de l'une des parties, la Cour a récemment jugé que cette disposition ne s'opposait cependant pas à ce qu'un intervenant présentât des arguments nouveaux ou différents de ceux de la partie qu'il soutenait, pourvu qu'il visât à soutenir les conclusions de cette partie.⁸⁵ Elle a ainsi admis que des allégations d'un intervenant comportant des arguments différents de ceux de la Commission, mais portant sur des griefs invoqués par cette dernière et visant à soutenir les conclusions de celle-ci, tendaient à contribuer au succès du recours en manquement, en apportant au litige un éclairage complémentaire⁸⁶.

41. Enfin, il est intéressant de relever que, lorsqu'il tranche la question de savoir si un moyen doit être qualifié de nouveau ou d'amplification licite d'un moyen invoqué en temps utile, le juge de l'Union ne procède pas à une appréciation des faits, mais qualifie leur nature juridique et en tire des conséquences

⁸¹ Voy. C.J., 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 35.

⁸² Voy. C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, 2008 p. I-6351, point 279.

⁸³ Voy. C.J., 19 mai 1983, *Verros/Parlement*, 306/81, *Rec.*, p. 1755, point 10.

⁸⁴ Voy. C.J., 12 novembre 2009, *SGL Carbon/Commission*, C-564/08 P, *Rec.*, p. I-191 (publication sommaire), points 31 et 32.

⁸⁵ Voy. C.J., 21 décembre 2011, *Commission/Autriche*, C-28/09, non encore publié au *Rec.*, point 50 et la jurisprudence citée.

⁸⁶ Voy. *ibid.*, point 52 et la jurisprudence citée.

en droit. Une telle qualification juridique des faits constitue une question de droit qui peut être soulevée dans le cadre d'un pourvoi⁸⁷.

2. *Le moyen nouveau se fondant sur un élément de fait ou de droit révélé pendant la procédure*

42. Dans la mesure où il a été jugé que des considérations d'économie de procédure ou de respect des droits de la défense ne sauraient justifier une extension du champ des exceptions à la règle de l'interdiction des moyens nouveaux au-delà de celles expressément prévues par les différents règlements de procédure des juridictions de l'Union⁸⁸, seuls des éléments de fait ou de droit révélés pendant la procédure peuvent justifier la production d'un moyen nouveau en cours d'instance. À cet égard, il est précisé dans la jurisprudence que, pour qu'un élément puisse justifier la production d'un moyen nouveau en cours d'instance, cet élément doit, au moment de l'introduction du recours, ne pas avoir existé (a) ou ne pas avoir été connu du requérant (b)⁸⁹.

a. *L'élément n'existant pas au moment de l'introduction du recours*

43. Après l'introduction du recours, lorsqu'un élément a une incidence sur la légalité, la portée ou l'interprétation de la décision litigieuse, il peut être considéré comme un fait nouveau permettant de justifier la production de moyens nouveaux en cours d'instance⁹⁰.

44. Tel peut notamment être le cas de la durée globale de la procédure⁹¹, d'une décision d'une institution intervenue après l'introduction du recours⁹² ou d'un arrêt modifiant la situation de droit existant lors du dépôt de la requête⁹³.

⁸⁷ Voy. C.J., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, 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, points 77 à 90, C.J., 31 mars 2011, *EMC Development/Commission*, C-367/10 P, *Rec.*, p. I-46 (publication sommaire), point 57, et Trib., 13 octobre 2008, *Neophytou/Commission*, T-43/07 P, *Rec.FP*, p. I-B-1-53 et II-B-1-373, point 71.

⁸⁸ Voy. C.J., 14 octobre 1999, *Atlanta/Communauté européenne*, C-104/97 P, *Rec.*, p. I-6983, point 28. Dans une affaire isolée, le Tribunal a néanmoins considéré que, dans un souci de protection juridictionnelle, il y avait lieu de procéder à l'examen au fond d'un moyen écarté comme tardif (voy. Trib. 14 septembre 1995, *Descom Scales/Conseil*, T-171/94, *Rec.*, p. II-2413, point 98).

⁸⁹ Voy. C.J., 1^{er} avril 1982, *Dürbeck/Commission*, 11/81, *Rec.*, p. 1251, point 17, Trib., 7 novembre 2012, *Syndicat des thoniers méditerranéens e.a./Commission*, T-574/08, non encore publié au *Rec.*, point 52 (sous pourvoi). Voy. également, en ce sens, Trib., 28 septembre 1999, *Yasse/BEL*, T-141/97, *Rec.FP*, p. II-929, points 126 à 128, et Trib., 1^{er} mars 2005, *Sergio Rossi/OHMI – Sissi Rossi (SISSI ROSSI)*, T-169/03, *Rec.*, p. II-685, point 22.

⁹⁰ Voy. C.J., 28 juillet 2011, *Mediaset/Commission*, C-403/10 P, *Rec.*, p. I-117 (publication sommaire), point 47.

⁹¹ Voy. Trib., 5 juin 2012, *Imperial Chemical Industries/Commission*, T-214/06, non encore publié au *Rec.*, point 297.

⁹² Voy. Trib., 14 juillet 1994, *Parker Pen/Commission*, T-77/92, *Rec.*, p. II-549, point 62.

⁹³ Voy. C.J., 8 juillet 1999, *Chemie Linz/Commission*, C-245/92 P, *Rec.*, p. I-4643, point 45.

45. À ce dernier égard, il est intéressant de relever que le Tribunal a récemment jugé qu'un arrêt déclarant un règlement invalide, prononcé par la Cour à une date ultérieure à celle de l'introduction du recours, devait être regardé comme un élément permettant la production d'un moyen nouveau au sens de la jurisprudence et de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure, celui-ci ayant modifié la situation de droit existante lors du dépôt de la requête⁹⁴.

46. En revanche, ne constituent un élément de droit révélé pendant la procédure ni la mauvaise interprétation par le requérant de la réglementation applicable⁹⁵, ni la seule interprétation d'une disposition donnée par le défendeur dans le mémoire en défense⁹⁶, ni la production d'un rapport après la clôture de la procédure écrite, dès lors que le fait que le requérant n'a pas invoqué l'existence du rapport pendant la procédure écrite ne peut s'expliquer que par un manque de diligence des personnes responsables de sa gestion⁹⁷.

47. Enfin, il a été jugé en 2012 que, même si elle était intervenue durant la procédure, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ne constituait pas un fait nouveau permettant de soulever un moyen nouveau tiré d'une violation du droit à un procès équitable⁹⁸ ou du principe de la présomption d'innocence⁹⁹.

b. *L'élément ne pouvant pas avoir été connu du requérant au moment de l'introduction du recours*

48. Comme l'a rappelé récemment le Tribunal, un grief présenté en cours d'instance est, en principe¹⁰⁰, irrecevable dès lors, notamment, qu'il se fonde sur des éléments qui étaient connus du requérant à la date d'introduction du recours¹⁰¹. Tel est notamment le cas lorsque le représentant du requérant a

⁹⁴ Voy. Trib., 7 novembre 2012, *Syndicat des thoniers méditerranéens e.a./Commission*, T 574/08, non encore publié au *Rec.*, point 53 (sous pourvoi).

⁹⁵ Voy. Trib., 4 septembre 2012, *DAI/Commission*, T-381/08, non encore publié au *Rec.*, points 35.

⁹⁶ Voy. C.J., 13 septembre 2007, *Common Market Fertilizers/Commission*, C-443/05 P, *Rec.*, p. I-7209, point 108.

⁹⁷ Voy. Trib., 28 janvier 2004, *Euroagri/Commission*, T-180/01, *Rec.*, p. II-369, point 66.

⁹⁸ Voy. C.J., 3 mai 2012, *Comap/Commission*, C-290/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 44 et 45.

⁹⁹ Voy. Trib., 16 novembre 2011, *Sachsa Verpackung/Commission*, T-79/06, *Rec.*, p. II-406 (publication sommaire), points 93 à 95 (sous pourvoi) et Trib., 16 novembre 2011, *Groupe Gascogne/Commission*, T-72/06, *Rec.*, p. II-400 (publication sommaire), points 28 à 30 (sous pourvoi).

¹⁰⁰ Dans certaines décisions, le juge de l'Union semble prendre en considération l'attitude du défendeur, comme par exemple le fait qu'il se réfère pour la première fois à un élément dans le mémoire en défense ou la production de documents pertinents uniquement à la demande du Tribunal, pour considérer comme recevables des moyens nouveaux se fondant sur des éléments dont le requérant pouvait avoir connaissance au moment de l'introduction de la requête (voy., en ce sens, Trib., 10 mars 1992, *Solvay/Commission*, T-12/89, *Rec.*, p. II-907, point 47, et Trib., 27 avril 1995, *ASPEC e.a./Commission*, T-435/93, *Rec.*, p. II-1281, point 99).

¹⁰¹ Voy. Trib., 21 octobre 2010, *Umbach/Commission*, T-474/08, *Rec.*, p. II-234 (publication sommaire), point 60.

reconnu que celui-ci connaissait déjà au moment de l'introduction du recours les fait invoqués à l'audience¹⁰².

49. En revanche, des éléments dont le requérant n'a pris connaissance qu'en cours d'instance et qu'il n'était pas en mesure de connaître d'une autre façon¹⁰³ constituent des éléments nouveaux autorisant la production de moyens nouveaux.

50. Il importe peu que ces éléments aient été découverts par le requérant dans le mémoire en défense¹⁰⁴, dans la duplique¹⁰⁵, à la suite de mesures d'organisation de la procédure¹⁰⁶, après avoir eu accès au rapport final¹⁰⁷, après la réouverture de la procédure orale¹⁰⁸ ou dans le mémoire en défense dans une autre affaire¹⁰⁹.

51. Ainsi, un arrêt du juge de l'Union qui n'a fait que confirmer une situation de droit que le requérant connaissait, en principe, au moment où il a introduit son recours ne saurait être considéré comme un élément nouveau permettant la production d'un moyen nouveau¹¹⁰. Cette solution a été rappelée en

¹⁰² Voy. Trib., 5 juillet 1993, *Meskens/Parlement*, T-84/91 DEP, *Rec.*, p. II-757, point 86.

¹⁰³ Le fait pour une partie d'avoir pris connaissance d'une donnée factuelle pendant la procédure devant le Tribunal ne signifie pas que cette donnée constitue un élément de fait qui s'est révélé pendant la procédure. Il faut encore que la partie n'ait pas été en mesure d'avoir connaissance de cette donnée antérieurement (voy. Trib., 6 juillet 2000, *AICS/Parlement*, T-139/99, *Rec.*, p. II-2849, point 62, Trib., 8 mars 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/04, *Rec.*, p. II-573, point 164, Trib., 7 mai 2009, *NHL Enterprises/OHMI – Glory & Pompea (LA KINGS)*, T-414/05, *Rec.*, p. II-56 (publication sommaire), point 16, Trib., 9 décembre 2010, *Tresplain Investments/OHMI – Hoo Hing (Golden Elephant Brand)*, T-303/08, *Rec.*, p. II-5659, point 167, et Trib., 7 novembre 2012, *Syndicat des thoniers méditerranéens e.a./Commission*, T-574/08, non encore publié au *Rec.*, point 52 (sous pourvoi).

¹⁰⁴ Voy., en ce sens, Trib., 28 septembre 1999, *Yasse/BEI*, T-141/97, *RecFP*, p. II-929, points 126 à 128, et Trib., 12 mars 2003, *Maja/Commission*, T-254/99, *Rec.*, p. II-757, point 46.

¹⁰⁵ Voy., en ce sens, Trib., 10 juillet 1992, *Barbi/Commission*, T-68/91, *Rec.*, p. II-2127, point 34, Trib., 27 avril 1995, *ASPEC e.a./Commission*, T-435/93, *Rec.*, p. II-1281, point 99, Trib., 17 septembre 2003, *Messina/Commission*, T-76/02, *Rec.*, p. II-3203, points 35 et 36, et Trib., 19 février 2004, *Konstantopoulou/Cour de justice*, T-19/03, *RecFP*, p. I-A-25 et II-107, point 57.

¹⁰⁶ Voy., en ce sens, Trib., 6 avril 1995, *BASF e.a./Commission*, 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, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 et T-112/89, *Rec.*, p. II-729, points 66 et 67, Trib., 5 novembre 2003, *Cougnon/Cour de justice*, T-240/01, *RecFP*, p. I-A-263 et II-1283, points 38 et 58, Trib., 11 mars 1999, *Thyssen Stahl/Commission*, T-141/94, *Rec.*, p. II-347, point 133, Trib., 8 mai 2003, *Josanne e.a./Commission*, T-82/01, *Rec.*, p. II-2013, points 69 à 71, et Trib., 7 juin 2006, *UFEX e.a./Commission*, T-613/97, *Rec.*, p. II-1531, points 123 à 127.

¹⁰⁷ Voy., en ce sens, Trib., 12 septembre 2007, *Nikolaou/Commission*, T-259/03, *Rec.*, p. II-99 (publication sommaire), point 255.

¹⁰⁸ Voy., en ce sens, Trib., 26 octobre 1993, *Weissenfels/Parlement*, T-22/92, *Rec.*, p. II-1095, points 34 et 35.

¹⁰⁹ Voy., en ce sens, Trib., 27 avril 1995, T-442/93, *AAC e.a. / Commission*, T-442/93, *Rec.*, p. II-1329, point 80.

¹¹⁰ Voy. C.J., 1^{er} avril 1982, *Dürbeck/Commission*, 11/81, *Rec.*, p. 1251, points 3, 16 et 17, ainsi que Trib., 27 février 1997, *FFSA e.a./Commission*, T-106/95, *Rec.*, p. II-229, point 57, Trib., 25 juillet 2000, *RJB Mining/Commission*, T-110/98, *Rec.*, p. II-2971, point 36, Trib., 12 juillet 2001, *T. Port/Conseil*, T-2/99, *Rec.*, p. II-2093, point 57, Trib., 12 juillet 2001, *Banatrading/Conseil*, T-3/99, *Rec.*, p. II-2123, point 49, et Trib., 30 septembre 2003, *Cableuropa e.a./Commission*, T-346/02 et T-347/02, *Rec.*, p. II-4251, point 110.

2010 par le Tribunal¹¹¹. Ce dernier a jugé que, dans la mesure où l'avocat de l'intervenante aurait pu savoir, lors de la rédaction du mémoire en réponse, que le recours séparé que celui-ci avait introduit était irrecevable, et où celui-ci aurait également pu avoir connaissance des dispositions de l'article 134 du règlement de procédure du Tribunal, à supposer même que l'intervenante n'ait eu connaissance de la situation juridique qu'après la notification d'une ordonnance, ce fait ne saurait constituer un nouvel élément de fait ou de droit. En effet, selon le Tribunal, le fait pour une partie d'avoir pris connaissance d'une donnée factuelle pendant la procédure devant lui ne signifie pas que cette donnée constitue un élément de fait qui s'est révélé pendant la procédure. Il faut encore que la partie n'ait pas été en mesure d'avoir connaissance de cette donnée antérieurement. À plus forte raison, le fait pour une partie de n'avoir pris connaissance de la situation juridique qu'au cours de la procédure ne peut pas constituer un élément de fait ou de droit nouveau au sens de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure.

II. – L'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance

52. L'intérêt de la construction jurisprudentielle permettant à un requérant de faire évoluer ses conclusions et ses moyens en cours d'instance en raison du remplacement ou de la modification de la décision attaquée réside, au-delà de l'originalité même de son principe, dans le caractère éminemment pragmatique de ses fondements ainsi que dans l'importance des conséquences procédurales qui lui sont attachées (A). Pour autant, le recours à cette technique contentieuse se trouve assez strictement encadré par le juge de l'Union (B).

A. Une faculté offerte au requérant de faire évoluer ses écritures en fonction de circonstances particulières

53. En cours d'instance, lorsque l'acte attaqué est remplacé ou modifié, le requérant se voit offrir la possibilité d'adapter ses conclusions et ses moyens (1). Cette faculté constitue une parfaite illustration de la constante attention apportée par la jurisprudence à la préservation des objectifs et des principes généraux du droit de l'Union (2). Pareille adaptation des conclusions et des

¹¹¹ Voy. Trib., 9 décembre 2010, *Tresplain Investments/OHMI – Hoo Hing (Golden Elephant Brand)*, T-303/08, *Rec.*, p. II-5659, points 167 et 168.

moyens en cours d'instance n'est toutefois pas sans conséquences sur la délimitation de l'étendue du litige ainsi que sur la recevabilité des moyens soulevés dans le cadre de ce dernier (3).

1. *La prise en compte d'un élément nouveau survenu en cours d'instance*

54. Devant le juge de l'Union, un requérant peut adapter ses conclusions et ses moyens à la suite du remplacement, en cours d'instance, de la décision attaquée par un acte ayant le même objet¹¹².

55. En effet, il résulte de la jurisprudence que, lorsqu'un acte attaqué est, en cours de procédure, remplacé par un acte ayant le même objet, celui-ci doit être considéré comme un élément nouveau permettant au requérant d'adapter ses conclusions et ses moyens, à savoir d'étendre ses conclusions et ses moyens initiaux à l'acte ultérieur ou de présenter des conclusions et des moyens supplémentaires contre celui-ci¹¹³.

56. Cette technique contentieuse s'applique également aux actes qui constatent qu'une décision ou un règlement doivent continuer à viser directement et individuellement certains particuliers, à la suite d'une procédure de réexamen expressément imposée par cette même décision ou ce même règlement¹¹⁴. En pratique, ce cas de figure concerne essentiellement les mesures restrictives adoptées par l'Union à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ou de la lutte contre la prolifération nucléaire¹¹⁵, à savoir, notamment, des actes qui, sans abroger un acte antérieur, maintiennent l'inscription d'une entité ou d'une personne sur les listes des entités ou des personnes visées par des mesures restrictives, à la suite

¹¹² Voy., pour une formulation très simple de ce principe, C.J., 10 avril 2003, *Hendrickx/Cedefop*, C-217/01 P, *Rec.*, p. I-3701, point 29.

¹¹³ Voy. Trib., 7 octobre 2009, *Vischim Srl/Commission*, T-420/05, *Rec.*, p. II-3841, point 53.

¹¹⁴ Voy. Trib., 29 janvier 2013, *Bank Mellat/Conseil*, T-496/10, non encore publié au *Rec.*, point 33 (sous pourvoi), Trib., 5 février 2013, *Bank Saderat Iran/Conseil*, T-494/10, non encore publié au *Rec.*, point 31 (sous pourvoi), Trib., 20 février 2013, *Melli Bank/Conseil*, T-492/10, non encore publié au *Rec.*, point 43, et Trib., 20 mars 2013, *Bank Saderat/Conseil*, T-495/10, non encore publié au *Rec.*, point 37, Trib., 6 septembre 2013, *Bank Refah Kargaran/Conseil*, T-24/11, non encore publié au *Rec.*, point 48, et Trib., 6 septembre 2013, *Export Development Bank of Iran/Conseil*, T-4/11 et T-5/11, non encore publié au *Rec.*, point 49.

¹¹⁵ Dans ce secteur, le juge de l'Union adapte très exceptionnellement les termes de sa jurisprudence relative au premier cas de figure précité, en précisant que, lorsqu'une mesure de gel des fonds d'un particulier est remplacée, en cours d'instance, par une mesure ayant le même objet, celle-ci doit être considérée comme un élément nouveau permettant au requérant d'adapter ses conclusions, moyens et arguments de façon à ce qu'ils visent la mesure ultérieure (voy. Trib., 31 janvier 2007, *Minin/Commission*, T-362/04, *Rec.*, p. II-2003, point 51).

d'une procédure de réexamen expressément imposée par la réglementation applicable¹¹⁶.

57. Il en va de même lorsque, en cours d'instance, l'institution qui a adopté l'acte faisant l'objet du recours apporte à cet acte des modifications visant à le remplacer partiellement sans modifier son objet¹¹⁷.

58. Enfin, il est possible pour un requérant d'étendre ses conclusions et ses moyens aux dispositions d'une décision, intervenue en cours d'instance, prorogeant et confirmant, de manière substantiellement identique, les dispositions d'une décision initialement visée dans le recours¹¹⁸.

2. *Une jurisprudence essentiellement justifiée par les objectifs et les principes généraux du droit de l'Union*

59. L'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance ne paraît pas totalement déconnectée des textes qui régissent la procédure suivie devant les juridictions de l'Union. La jurisprudence précise ainsi parfois que l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, en vertu duquel la production de moyens nouveaux en cours d'instance est admise lorsque ces moyens se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure, peut être appliqué, dans certains cas, à un changement des conclusions¹¹⁹.

60. Toutefois, le recours à cette technique contentieuse trouve essentiellement sa justification dans certains des objectifs et des principes généraux du droit de l'Union.

61. L'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance est tout d'abord motivée par l'exigence d'économie de procédure¹²⁰. Le juge de l'Union

¹¹⁶ Voy. Trib., 6 septembre 2013, *Bank Melli Iran/Conseil*, T-35/10 et T-7/11, non encore publié au *Rec.*, point 54, et Trib., 16 septembre 2013, *Bank Kargoshaei e.a./Conseil*, T-8/11, non encore publié au *Rec.*, point 39.

¹¹⁷ Voy. Trib., 2 février 2012, *EI du Pont de Nemours e.a./Commission*, T-76/08, non encore publié au *Rec.*, point 34, et Trib., 2 février 2012, *Dow Chemical/Commission*, T-77/08, non encore publié au *Rec.*, point 35.

¹¹⁸ Voy. Trib., 15 septembre 1998, *De Persio/Commission*, T-23/96, *RecFP*, p. I-A-483 et II-1413, point 32.

¹¹⁹ Voy. Trib., 15 septembre 1998, *De Persio/Commission*, T-23/96, *RecFP*, p. I-A-483 et II-1413, point 31, Trib., 6 juillet 2001, *Tsarnavas/Commission*, T-161/00, *RecFP*, p. I-A-155 et II-721, point 26, Trib., 9 octobre 2008, *Miguellez Herreras/Commission*, T-407/04, non publié au *Rec.*, point 75, Trib., 9 octobre 2008, *Wilms/Commission*, T-328/04, non publié au *Rec.*, point 69, Trib., 9 octobre 2008, *Di Bucci/Commission*, T-312/04, non publié au *Rec.*, point 74, Trib., 1^{er} avril 2009, *Valero Jordana/Commission*, T-385/04, *RecFP*, p. I-A-2-1 et II-A-2-1, point 76, et Trib., 21 septembre 2011, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, T-141/05 RENV, *Rec.*, p. II-6495, point 34.

¹²⁰ La terminologie utilisée pour par le juge de l'Union s'agissant de l'économie de procédure semble assez riche. En effet, si elle est parfois regardée comme un « principe » (voy., p. ex., C.J., 19 janvier 2006, *Comunità montana della Valnerina/Commission*, C-240/03 P, *Rec.*, p. I-731, point 123), l'économie de procédure peut

précise ainsi que, en vertu de cette exigence, les conclusions initialement dirigées contre un acte remplacé, en cours d'instance, par un acte ayant le même objet, peuvent être considérées comme dirigées contre l'acte de substitution, ce dernier constituant un élément nouveau permettant aux requérants d'adapter leurs conclusions et moyens¹²¹. De manière proche, la jurisprudence énonce parfois que, en vertu de cette même exigence, quand l'acte attaqué est remplacé, en cours d'instance, par un acte ayant le même objet, ce dernier constitue un élément nouveau permettant au requérant d'adapter ses conclusions et moyens¹²².

62. La bonne administration de la justice se trouve également mise en avant par le juge de l'Union. En vertu de ce principe, le requérant, confronté au remplacement de l'acte attaqué en cours d'instance par un acte ayant le même objet, ne doit pas être appelé à introduire un nouveau recours, mais peut étendre ou adapter sa demande initiale de manière à couvrir le nouvel acte¹²³.

63. En règle générale, la jurisprudence procède à une combinaison des deux principes généraux précités. Elle énonce alors que, lorsqu'une décision, ou un règlement concernant directement et individuellement un particulier, est, en cours de procédure, remplacée par une décision ayant le même objet, celle-ci doit être considérée comme un élément nouveau permettant au requérant d'adapter ses conclusions et moyens et qu'il serait, en effet, contraire à une bonne administration de la justice et à une exigence d'économie de procédure d'obliger le requérant à introduire un nouveau recours¹²⁴.

également correspondre à une « exigence » (voy., p. ex., C.J., 29 septembre 1987, *Fabrique de fer de Charleroi et Dillinger Hüttenwerke/Commission*, 351/85 et 360/85, *Rec.*, p. 3639, point 11), à des « objectifs » (voy., p. ex., C.J., 29 mars 2012, *Commission/Pologne*, C-504/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 84), à des « considérations » [voy., p. ex., C.J., 24 mars 2009, *Cheminova e.a./Commission*, C-60/08 P(R), *Rec.*, p. I-43 (publication sommaire), point 49] ou à des « considérations légitimes » (voy., p. ex., C.J., 16 février 2012, *Conseil/Interpipe Niko Tube et Interpipe NTRP*, C-191/09 P et C-200/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 111).

¹²¹ Voy., pour une référence à cette seule exigence, Trib., 15 septembre 1998, *De Persio/Commission*, T-23/96, *RecFP*, p. I-A-483 et II-1413, point 32.

¹²² Voy Trib., 6 juillet 2001, *Tsarnavas/Commission*, T-161/00, *RecFP*, p. I-A-155 et II-721, point 27, Trib., 26 octobre 2004, *Brendel/Commission*, T-55/03, *RecFP*, p. I-A-311 et II-1437, point 50, Trib., 8 octobre 2008, *Gippini Fournier/Commission*, T-23/05, *RecFP*, p. I-A-2-63 et II-A-2-423, point 75, Trib., 9 octobre 2008, *Miguellez Herreras/Commission*, T-407/04, non publié au *Rec.*, point 76, Trib., 9 octobre 2008, *Wilms/Commission*, T-328/04, non publié au *Rec.*, point 70, Trib., 9 octobre 2008, *Di Bucci/Commission*, T-312/04, non publié au *Rec.*, point 75, et Trib., 1^{er} avril 2009, *Valero Jordana/Commission*, T-385/04, *RecFP*, p. I-A-2-1 et II-A-2-1, point 77.

¹²³ Voy. Trib., 15 février 2005, *PKK et KNK/Conseil*, T-229/02, *Rec.*, p. II-539, point 29.

¹²⁴ Voy. C.J., 3 mars 1982, *Alpha Steel/Commission*, 14/81, *Rec.*, p. 749, point 8, C.J., 29 septembre 1987, *Fabrique de fer de Charleroi et Dillinger Hüttenwerke/Commission*, 351/85 et 360/85, *Rec.*, p. 3639, point 11, C.J., 14 juillet 1988, *Stahlwerke Peine-Salzgitter/Commission*, 103/85, *Rec.*, p. 4131, point 11, Trib., 3 février 2000, *CCRE/Commission*, T-46/98 et T 151/98, *Rec.*, p. II-167, point 33, Trib., 18 novembre 2005, *Selmani/Conseil et Commission*, T-299/04, *Rec.*, p. II-20 (publication sommaire), point 68, Trib., 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil*, T-228/02, *Rec.*, p. II 4665, points 28 et 29, Trib.,

64. Le juge de l'Union précise parfois qu'il serait, en outre, injuste que l'insitution en cause puisse, pour faire face aux critiques contenues dans une requête présentée au juge de l'Union contre une décision, adapter la décision attaquée ou lui en substituer une autre et se prévaloir, en cours d'instance, de cette modification ou de cette substitution pour priver l'autre partie de la possibilité d'étendre ses conclusions et ses moyens initiaux à la décision ultérieure ou de présenter des conclusions et des moyens supplémentaires contre celle-ci¹²⁵.

11 juillet 2007, *Al-Aqsa/Conseil*, T-327/03, *Rec.*, p. II-79 (publication sommaire), point 33 et 34, Trib., 11 juillet 2007, *Sison/Conseil*, T-47/03, *Rec.*, p. II-73 (publication sommaire), point 37, Trib., 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil*, T-256/07, *Rec.*, p. II 3019, point 46, Trib., 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International/Commission*, T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, point 94, Trib., 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil*, T 256/07, *Rec.*, p. II-3019, point 47, Trib., 11 juin 2009, *Othman/Conseil et Commission*, T-318/01, *Rec.*, p. II-1627, point 53, Trib., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais/Commission*, T-267/08 et T-279/08, *Rec.*, p. II-1999, point 23, Trib., 2 février 2012, *El du Pont de Nemours e.a./Commission*, T-76/08, non encore publié au *Rec.*, point 34, Trib., 2 février 2012, *Dow Chemical/Commission*, T-77/08, non encore publié au *Rec.*, point 35, Trib., 21 mars 2012, *Fulmen/Conseil*, T-439/10 et T-440/10, non encore publié au *Rec.*, point 37 (sous pourvoi), Trib., 24 mai 2011, *Royaume-Uni/Commission*, T-115/10, *Rec.*, p. II-153 (publication sommaire), point 46, Trib., 24 mai 2011, *Government of Gibraltar/Commission*, T-176/09, *Rec.*, p. II-150 (publication sommaire), point 47, Trib., 21 septembre 2011, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, T-141/05 RENV, *Rec.*, p. II-6495, point 34, Trib., 25 avril 2012, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft/Conseil*, T-509/10, non encore publié au *Rec.*, point 41 (sous pourvoi), Trib., 26 octobre 2012, *CF Sharp Shipping Agencies/Conseil*, T-53/12, non encore publié au *Rec.*, point 25, Trib., 5 décembre 2012, *Qualitest/Conseil*, T-421/11, non encore publié au *Rec.*, point 22, Trib., 15 janvier 2013, *Strack/Commission*, T-392/07, non encore publié au *Rec.*, point 69 (sous pourvoi), Trib., 29 janvier 2013, *Bank Mellat/Conseil*, T-496/10, non encore publié au *Rec.*, point 32 (sous pourvoi), Trib., 5 février 2013, *Bank Saderat Iran/Conseil*, T-494/10, non encore publié au *Rec.*, point 30 (sous pourvoi), Trib., 20 février 2013, *Melli Bank/Conseil*, T-492/10, non encore publié au *Rec.*, point 42, Trib., 20 mars 2013, *Bank Saderat/Conseil*, T-495/10, non encore publié au *Rec.*, point 36, et Trib., 12 décembre 2013, *Nabipour e.a./Conseil*, T-58/12, non encore publié au *Rec.*, point 20.

Voy. également, pour une formulation légèrement différente, Trib., 10 octobre 2001, *British American Tobacco International (Investments)/Commission*, T-111/00, *Rec.*, p. II-2997, point 22.

¹²⁵ Voy. C.J., 3 mars 1982, *Alpha Steel/Commission*, 14/81, *Rec.*, p. 749, point 8, et C.J., 14 juillet 1988, *Stahlwerke Peine-Salzgitter/Commission*, 103/85, *Rec.*, p. 4131, points 12, Trib., 3 février 2000, *CCRE/Commission*, T-46/98 et T-151/98, *Rec.*, p. II-167, point 33, Trib., 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil*, T-228/02, *Rec.*, p. II-4665, point 28, Trib., 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil*, T-256/07, *Rec.*, p. II-3019, point 46, Trib., 11 juin 2009, *Othman/Conseil et Commission*, T-318/01, *Rec.*, p. II-1627, point 53, Trib., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais/Commission*, T-267/08 et T-279/08, *Rec.*, p. II-1999, point 23, Trib., 21 septembre 2011, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, T-141/05 RENV, *Rec.*, p. II-6495, point 34, Trib., 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International/Commission*, T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, point 94, Trib., 21 mars 2012, *Fulmen/Conseil*, T-439/10 et T-440/10, non encore publié au *Rec.*, point 37 (sous pourvoi), Trib., 25 avril 2012, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft/Conseil*, T-509/10, non encore publié au *Rec.*, point 41 (sous pourvoi), Trib., 26 octobre 2012, *CF Sharp Shipping Agencies/Conseil*, T-53/12, non encore publié au *Rec.*, point 25, Trib., 5 décembre 2012, *Qualitest/Conseil*, T-421/11, non encore publié au *Rec.*, point 22, Trib., 29 janvier 2013, *Bank Mellat/Conseil*, T-496/10, non encore publié au *Rec.*, point 32 (sous pourvoi), Trib., 5 février 2013, *Bank Saderat Iran/Conseil*, T-494/10, non encore publié au *Rec.*, point 30 (sous pourvoi), Trib., 20 février 2013, *Melli Bank/Conseil*, T-492/10, non encore publié au *Rec.*, point 42, Trib., 20 mars 2013, *Bank Saderat/Conseil*, T-495/10, non encore publié au *Rec.*, point 36, Trib., 28 mai 2013, *Al Matri/Conseil*, T-200/11, non encore publié au *Rec.*, point 80, et Trib., 12 décembre 2013, *Nabipour e.a./Conseil*, T-58/12, non encore publié au *Rec.*, point 20.

3. *L'incidence sur l'étendue du litige et sur la recevabilité des moyens soulevés dans le cadre de celui-ci*

65. L'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance emporte des conséquences sur l'étendue du litige (a) ainsi que la recevabilité des moyens ou des arguments nouveaux soulevés par le requérant (b).

a. *La question de la persistance ou de la disparition du litige initial*

66. Pour répondre à la question du devenir des conclusions initiales en cas d'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance, le juge de l'Union semble prendre en considération la portée de la décision intervenue en cours d'instance, mais également la volonté de la partie requérante.

67. Tout d'abord, la jurisprudence reconnaît la persistance de l'objet du recours initial en cas d'abrogation de la décision initialement attaquée par la décision la remplaçant en cours d'instance. Dans cette hypothèse, le requérant conserve, en effet, un intérêt à obtenir l'annulation des actes initialement attaqués, dans la mesure où l'abrogation d'un acte d'une institution n'est pas une reconnaissance de son illégalité et produit un effet *ex nunc*, à la différence d'un arrêt d'annulation en vertu duquel l'acte annulé est éliminé rétroactivement de l'ordre juridique et censé n'avoir jamais existé (effet *ex tunc*)¹²⁶. Par ailleurs, en cas d'annulation des actes initialement attaqués, l'institution concernée sera tenue de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt¹²⁷, ce qui pourrait impliquer qu'elle modifie ou retire, le cas échéant, les éventuels actes ayant abrogé et remplacé les actes initialement attaqués.

68. Le juge de l'Union semble également utiliser le même raisonnement en cas d'abrogations successives, c'est-à-dire s'agissant d'actes qui sont intervenus en cours d'instance et qui ont à leur tour été abrogés et remplacés par d'autres à la date du prononcé de l'arrêt¹²⁸.

69. À l'inverse, et de manière somme toute logique, une jurisprudence a consacré en 2011 la disparition de l'objet du recours initial en cas de retrait et de remplacement de la décision initialement attaquée par la décision la remplaçant en cours d'instance. Dans une telle hypothèse, les demandes initiales du requérant tendant à l'annulation de la décision originelle sont, en effet, devenues sans

¹²⁶ Voy. Trib., 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil*, T-256/07, *Rec.*, p. II-3019, point 48, et Trib., 25 avril 2013, *Gbagbo/Conseil*, T-119/11, non encore publié au *Rec.*, point 43 (sous pourvoi).

¹²⁷ Conformément à l'article 266 TFUE.

¹²⁸ Voy. Trib., 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil*, T-228/02, *Rec.*, p. II-4665, points 34 et 35. Voy., également, en ce sens, Trib., 13 décembre 1995, *Exporteurs in Levende Varkens e.a./Commission*, T-481/93 et T-484/93, *Rec.*, p. II-2941, points 46 à 48.

objet, du fait du retrait de cette décision par la décision intervenue en cours d'instance, de sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur lesdites demandes¹²⁹.

70. Si le juge de l'Union s'attache donc à la portée de la décision intervenue en cours d'instance pour délimiter l'étendue du litige sur lequel il a finalement à se prononcer, il semble également prendre en considération la volonté de la partie requérante. En effet, dans un arrêt prononcé en matière d'accès aux documents, le Tribunal a jugé en 2013 qu'il n'était « pas nécessaire d'examiner les demandes de non-lieu à statuer » présentées par les défendeurs alors même que ces derniers faisaient notamment valoir que la décision intervenue en cours d'instance avait retiré la décision initialement attaquée. En l'espèce, le Tribunal a relevé que les requérantes ne demandaient, dans le dernier état de la procédure, que l'annulation de la décision intervenue en cours d'instance pour remplacer la décision initialement attaquée¹³⁰. Bien que la solution retenue ne soit pas très explicite sur ce point, elle traduit sans doute la volonté du juge de l'Union de donner acte aux requérantes d'un désistement, il est vrai *de facto*, de leurs conclusions initiales¹³¹.

b. *La possibilité offerte au requérant de présenter des moyens et des arguments supplémentaires*

71. À de multiples reprises, il a été jugé que l'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance donnait au requérant la faculté, non seulement d'étendre ses conclusions et ses moyens initiaux à l'acte ultérieur, mais également de présenter des conclusions et des moyens supplémentaires contre celui-ci¹³².

¹²⁹ Voy., en ce sens, Trib., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais/Commission*, T-267/08 et T-279/08, *Rec.*, p. II-1999, point 24.

¹³⁰ Voy. Trib., 13 septembre 2013, *ClientEarth et PAN Europe/EFSA*, T-214/11, non encore publié au *Rec.*, point 35.

¹³¹ L'absence de non-lieu à statuer partiel dans le dispositif de l'arrêt semble confirmer que le Tribunal n'a pas entendu se placer sur le terrain de la disparition de l'objet du litige. Pour autant, en l'espèce, les requérantes ne paraissent pas avoir fait connaître par écrit au Tribunal qu'elles entendaient renoncer en partie à l'instance au sens de l'article 99 du règlement de procédure du Tribunal selon lequel, « si le requérant fait connaître par écrit au Tribunal qu'il entend renoncer à l'instance, le président ordonne la radiation de l'affaire au registre et statue sur les dépens conformément à l'article 87, paragraphe 5 ».

À cet égard, le Tribunal semble d'ailleurs avoir fait œuvre de prudence en s'abstenant de statuer sur les dépens au regard de ces dispositions de l'article 87, paragraphe 5, de son règlement de procédure, qui précisent que « la partie qui se désiste est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens par l'autre partie dans ses observations sur le désistement », mais que, « toutefois, à la demande de la partie qui se désiste, les dépens sont supportés par l'autre partie, si cela apparaît justifié en vertu de l'attitude de cette dernière ».

¹³² Voy. C.J., 3 mars 1982, *Alpha Steel/Commission*, 14/81, *Rec.*, p. 749, point 8, C.J., 14 juillet 1988, *Stahlwerke Peine-Salzgitter/Commission*, 103/85, *Rec.*, p. 4131, points 12, Trib., 3 février 2000, *CCRE/Commission*, T-46/98 et T-151/98, *Rec.*, p. II-167, point 33, Trib., 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil*, T-228/02, *Rec.*, p. II-4665, point 28, Trib., 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil*, T-256/07, *Rec.*, p. II-3019, point 46, Trib., 11 juin 2009, *Othman/Conseil et Commission*, T-318/01, *Rec.*, p. II-1627, point 53, Trib., 7 octobre 2009, *Vischim Srl/Commission*, T-420/05,

72. De manière tout aussi explicite, la jurisprudence a parfois eu l'occasion de préciser que la permission donnée aux parties de reformuler leurs conclusions, moyens et arguments à la lumière de l'élément nouveau constitué par la décision intervenue en cours d'instance, impliquait, pour elles, le droit de présenter des conclusions, des moyens et des arguments supplémentaires¹³³.

73. Sous réserve des développements ultérieurs consacrés aux conditions d'application de cette technique contentieuse, il semble donc aujourd'hui peu contestable que, dans la mesure où une demande d'adaptation des conclusions a été présentée dans le délai prescrit, elle est recevable, quand bien même le moyen appuyant cette demande serait nouveau¹³⁴.

B. Une faculté strictement encadrée

74. La possibilité reconnue au requérant d'adapter ses conclusions et ses moyens en cours d'instance est subordonnée à un ensemble de conditions tenant, d'une part, à la persistance de l'objet et à la recevabilité du recours initial (1), et, d'autre part, à la recevabilité de l'adaptation elle-même (2).

1. Une admission conditionnée par la persistance de l'objet et la recevabilité du recours initial

75. L'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance ne saurait conduire le juge à faire abstraction des règles d'ordre public qui régissent

Rec., p. II-3841, point 53, Trib., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais/Commission*, T-267/08 et T-279/08, *Rec.*, p. II-1999, point 23, Trib., 21 septembre 2011, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, T-141/05 RENV, *Rec.*, p. II-6495, point 34, Trib., 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International/Commission*, T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, point 94, Trib., 21 mars 2012, *Fulmen/Conseil*, T-439/10 et T-440/10, non encore publié au *Rec.*, point 37 (sous pourvoi), Trib., 25 avril 2012, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft/Conseil*, T-509/10, non encore publié au *Rec.*, point 41 (sous pourvoi), Trib., 26 octobre 2012, *CF Sharp Shipping Agencies/Conseil*, T-53/12, non encore publié au *Rec.*, point 25, Trib., 5 décembre 2012, *Qualites/Conseil*, T-421/11, non encore publié au *Rec.*, point 22, Trib., 29 janvier 2013, *Bank Mellat/Conseil*, T-496/10, non encore publié au *Rec.*, point 32 (sous pourvoi), Trib., 5 février 2013, *Bank Saderat Iran/Conseil*, T-494/10, non encore publié au *Rec.*, point 30 (sous pourvoi), Trib., 20 février 2013, *Melli Bank/Conseil*, T-492/10, non encore publié au *Rec.*, point 42, et Trib., 20 mars 2013, *Bank Saderat/Conseil*, T-495/10, non encore publié au *Rec.*, point 36.

¹³³ Voy. Trib., 23 octobre 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conseil*, T-256/07, *Rec.*, p. II-3019, point 47, Trib., 12 mai 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais/Commission*, T-267/08 et T-279/08, *Rec.*, p. II-1999, point 24, Trib., 21 mars 2012, *Fulmen/Conseil*, T-439/10 et T-440/10, non encore publié au *Rec.*, point 38 (sous pourvoi), Trib., 25 avril 2012, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft/Conseil*, T-509/10, non encore publié au *Rec.*, point 42 (sous pourvoi), et Trib., 6 septembre 2013, *Good Luck Shipping/Conseil*, T-57/12, non encore publié au *Rec.*, point 20.

¹³⁴ Voy. Trib., 6 septembre 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, T-110/12, extraits non encore publiés au *Rec.*, point 26.

l'appréciation préalable du maintien de l'objet (a) et de la recevabilité (b) du recours initial.

a. *Une adaptation impossible en cas de disparition de l'objet du recours initial*

76. Il résulte de la jurisprudence que l'introduction par le requérant d'un recours distinct à l'encontre de la décision intervenue en cours d'instance entraîne la disparition de l'objet du recours initial et rend par conséquent hors de propos toute demande d'adaptation des conclusions et des moyens dans le cadre de ce dernier.

77. En effet, se référant aux exigences de bonne administration de la justice et d'économie de procédure, le juge de l'Union considère que le requérant perd tout intérêt personnel à l'annulation de la décision initialement attaquée lorsque, postérieurement à l'introduction du recours initial et à la suite de l'adoption de la décision remplaçant celle initialement attaquée, il introduit un recours en annulation contre cette nouvelle décision. Dans une telle hypothèse, le recours, en ce qu'il est dirigé contre la décision initialement attaquée, a perdu son objet, de sorte qu'il n'y a plus lieu de statuer sur le recours initial¹³⁵.

78. Par conséquent, l'absence de recours en annulation exercé parallèlement par le requérant contre la décision remplaçant en cours d'instance la décision initialement attaquée constitue la première condition d'admission de la possibilité qui lui est reconnue d'adapter ses conclusions et ses moyens en cours d'instance.

b. *Une adaptation subordonnée à la recevabilité du recours initial*

79. Selon une jurisprudence constante, la recevabilité d'un recours s'apprécie au moment de son introduction. Il s'ensuit qu'un requérant ne saurait être autorisé à adapter ses conclusions et moyens, de façon à viser la survenance de nouveaux actes durant l'instance, que pour autant que sa demande d'annulation de l'acte initialement attaqué ait été elle-même recevable à la date de son introduction¹³⁶.

¹³⁵ Voy. Trib., 21 septembre 2011, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, T-141/05 RENV, *Rec.*, p. II-6495, point 35 à 39.

¹³⁶ Voy. Trib., 18 novembre 2005, *Selmani/Conseil et Commission*, T-299/04, *Rec.*, p. II-20 (publication sommaire), points 69 et 70, Trib., 24 mai 2011, *Royaume-Uni/Commission*, T-115/10, *Rec.*, p. II-153 (publication sommaire), points 47 et 48, Trib., 24 mai 2011, *Government of Gibraltar/Commission*, T-176/09, *Rec.*, p. II-150 (publication sommaire), points 48 et 49, et Trib., 15 janvier 2013, *Strack/Commission*, T-392/07, non encore publié au *Rec.*, points 39 et 70 (sous pourvoi).

80. De la même manière, même en cas d'adaptation des conclusions du requérant à la survenance de nouveaux actes durant l'instance, les conditions de recevabilité du recours, hormis celle concernant la persistance d'un intérêt à agir, ne sauraient être affectées par une telle adaptation¹³⁷.

81. En effet, les hypothèses d'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance ont en commun d'avoir trait à des recours dirigés, dès l'acte introductif d'instance, contre des actes définitifs, produisant des effets juridiques et contre lesquels un recours en annulation est recevable. Dans ces conditions, lorsque, par exemple, l'acte attaqué n'a qu'un caractère provisoire et ne constitue pas un acte définitif, il doit être regardé comme n'ayant pas produit d'effets juridiques susceptibles d'être remplacés ou prorogés par une décision ultérieure, de sorte qu'un acte ultérieur, adopté en cours de procédure, ne saurait être considéré comme un élément nouveau auquel le requérant pourrait adapter ses conclusions¹³⁸.

2. *Les conditions de recevabilité de l'adaptation des conclusions et des moyens*

82. Pour une bonne part, les conditions de recevabilité posées par la jurisprudence s'agissant de l'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance sont calquées sur celles qui régissent la présentation de la requête (a). Des conditions de recevabilité plus spécifiques méritent cependant d'être relevées (b).

a. *Des conditions de recevabilité semblables à celles qui régissent la présentation des requêtes*

83. Dans une certaine mesure, l'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance est soumise aux mêmes conditions de recevabilité que la requête. Outre le fait qu'elle nécessite la formulation d'une demande (i), elle n'échappe pas aux règles relatives à la qualité pour agir (ii), à l'existence du délai de recours (iii) et à l'exigence d'un acte faisant grief (iv). Certaines règles propres au contentieux de la fonction publique méritent enfin d'être signalées (v).

i. *La formulation d'une demande*

84. Le juge de l'Union, qui se refuse à procéder d'office à une adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance, sans s'interdire toutefois

¹³⁷ Voy. Trib., 15 février 2005, *PKK et KNK/Conseil*, T-229/02, *Rec.*, p. II-539, point 30.

¹³⁸ Voy. Trib., 10 juillet 1990, *Automec/Commission*, T-64/89, *Rec.*, p. II-367, points 68 et 69.

d'adopter, le cas échéant, une mesure d'organisation de la procédure afin de demander au requérant s'il souhaite actualiser ses conclusions et les moyens soulevés dans l'affaire¹³⁹, exige que la volonté d'adaptation de l'intéressé soit clairement exprimée. Outre le souci légitime d'assurer une sorte de parallélisme des formes avec les règles régissant le dépôt de la requête, le caractère particulier et exceptionnel de cette technique contentieuse explique sans doute cette sévérité.

85. Ainsi, il a été jugé que, tout comme elle ne saurait tenir lieu d'une requête conforme aux prescriptions de l'article 44 du règlement de procédure du Tribunal, la seule manifestation de l'intention d'attaquer un acte déterminé ne saurait être assimilée à une adaptation des conclusions en cours d'instance, faculté offerte à un requérant dans des circonstances particulières et à titre exceptionnel¹⁴⁰.

86. Pour autant, le juge de l'Union semble parfois faire preuve de souplesse quant au degré de précision de la demande d'adaptation formulée par le requérant en considérant, par exemple, que, eu égard au fait que le requérant a adapté ses conclusions, il convient de procéder à la reformulation d'un moyen soulevé dans la requête afin de prendre en compte la décision intervenue en cours d'instance¹⁴¹.

ii. *Le critère de l'affectation directe et personnelle*

87. L'article 263, quatrième alinéa, TFUE, qui a succédé à l'article 230 CE, prévoit que toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas de cette disposition, un recours en annulation contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution. Il ressort d'une jurisprudence constante que la condition selon laquelle une personne physique ou morale doit être directement concernée par l'acte faisant l'objet du recours, au sens de ces dispositions, requiert que cet acte produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et ne laisse aucun pouvoir d'appréciation à ses destinataires qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation communautaire, sans application d'autres règles intermédiaires¹⁴².

¹³⁹ Voy., pour un exemple d'explicitation de cette possibilité, Trib., 21 septembre 2011, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, T-141/05 RENV, *Rec.*, p. II-6495, point 39.

¹⁴⁰ Voy. Trib., 27 janvier 2000, *TAT European Airlines/Commission*, T-49/97, *Rec.*, p. II-51, point 41.

¹⁴¹ Voy. Trib., 5 décembre 2012, *Qualitest/Conseil*, T-421/11, non encore publié au *Rec.*, point 54.

¹⁴² Voy. C.J., 29 juin 2004, *Front national/Parlement*, C-486/01 P, *Rec.*, p. I-6289, point 34.

Par ailleurs, selon une jurisprudence tout aussi constante, les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être individuellement concernés que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'une telle décision le serait¹⁴³.

88. À l'occasion de deux affaires relatives à la contestation de mesures restrictives prises à l'encontre de l'Iran dans le but d'empêcher la prolifération nucléaire, le juge de l'Union a rappelé en 2013 que ces critères d'appréciation de la qualité pour agir du requérant trouvaient également à s'appliquer en matière d'adaptation des conclusions et des moyens. En effet, il a relevé que certaines des décisions intervenues en cours d'instance et pour lesquelles l'adaptation des conclusions et des moyens était demandée ne remplaçaient pas un acte précédent concernant directement et individuellement les requérants et n'avaient pas non plus été adoptées à la suite d'un réexamen complet des listes des personnes faisant l'objet des mesures restrictives, de sorte qu'elles ne concernaient ni directement ni individuellement les requérants et que ces derniers n'étaient pas recevables à adapter leurs conclusions pour demander leur annulation¹⁴⁴.

iii. *Le respect du délai de recours*

89. En vertu de l'article 263, sixième alinéa, TFUE, les recours en annulation doivent être formés dans un délai de deux mois à compter, suivant le cas, de la publication de l'acte, de sa notification au requérant ou, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance. Même si la jurisprudence se révèle hésitante sur cette question, les arrêts les plus récents semblent marquer la volonté du juge de l'Union de soumettre les demandes d'adaptation à ces dispositions.

90. Il est vrai que le juge de l'Union a déjà fait droit à une demande d'adaptation introduite par un requérant plus d'un an après la publication des actes contre lesquels étaient dirigées ces nouvelles conclusions¹⁴⁵. Toutefois, une telle jurisprudence semble pour le moins isolée.

91. De manière plus significative, un courant jurisprudentiel semble militer en faveur d'une solution souple consistant à reconnaître des exceptions au principe de l'application du délai de recours aux demandes d'adaptation. Selon cette

¹⁴³ Voy. C.J., 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, 25/62, *Rec.*, p. 197, spéc. p. 223.

¹⁴⁴ Voy. Trib., 6 septembre 2013, *Bank Refah Kargarani/Conseil*, T-24/11, non encore publié au *Rec.*, point 50, et Trib., 6 septembre 2013, *Export Development Bank of Iran/Conseil*, T-4/11 et T-5/11, non encore publié au *Rec.*, point 51.

¹⁴⁵ Voy. Trib., 25 avril 2012, *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft/Conseil*, T-509/10, non encore publié au *Rec.*, point 42 (sous pourvoi).

jurisprudence, le délai de recours contentieux est en principe applicable aussi bien lorsque le recours en annulation d'un acte est formé par voie de requête que lorsqu'il est formé, dans le cadre d'une instance pendante, par la voie d'une demande d'adaptation des conclusions en annulation d'un acte antérieur abrogé et remplacé par l'acte en question. Le juge rappelle que cette solution se justifie par la circonstance que les règles concernant les délais de recours sont d'ordre public et doivent être appliquées par le juge de manière à assurer la sécurité juridique ainsi que l'égalité des justiciables devant la loi. Toutefois, par exception à ce principe, il considère que ledit délai n'est pas applicable, dans le cadre d'une instance pendante, lorsque, d'une part, l'acte en question et l'acte que celui-ci abroge et remplace ont, à l'égard de l'intéressé, le même objet, sont essentiellement fondés sur les mêmes motifs et ont des contenus substantiellement identiques, ne différant ainsi que par leurs champs d'application *ratione temporis* respectifs, et, d'autre part, la demande d'adaptation des conclusions n'est fondée sur aucun moyen, fait ou élément de preuve nouveau autre que l'adoption même de l'acte en question abrogeant et remplaçant cet acte antérieur. Le juge de l'Union précise que, dans un tel cas de figure, étant donné que l'objet et le cadre du litige tels que fixés par le recours initial ne subissent aucune autre modification que celle concernant sa dimension temporelle, la sécurité juridique n'est nullement affectée par la circonstance que la demande d'adaptation des conclusions est formée après l'expiration du délai de deux mois en question¹⁴⁶.

92. Pour autant, la jurisprudence la plus récente semble se prononcer en faveur d'un respect strict de la condition liée au respect du délai de recours.

93. À cet égard, il avait déjà été jugé que, pour des raisons analogues à celles retenues par la jurisprudence n'ayant autorisé une régularisation des conditions de recevabilité d'un recours en annulation que lorsqu'elle intervenait avant l'expiration du délai de recours¹⁴⁷, une adaptation des conclusions d'annulation après l'expiration de ce délai serait incompatible avec l'article 230, cinquième alinéa, CE. Le juge de l'Union avait alors motivé sa décision en faisant valoir que, conformément aux principes de sécurité juridique et d'égalité des justiciables devant la

¹⁴⁶ Voy. Trib., 26 octobre 2012, *CF Sharp Shipping Agencies/Conseil*, T-53/12, non encore publié au *Rec.*, points 26 à 30 et Trib., 5 décembre 2012, *Qualitest/Conseil*, T-421/11, non encore publié au *Rec.*, points 23 à 27. Voy. également, mais de manière beaucoup moins explicite, le juge admettant la recevabilité de la demande d'adaptation en se bornant à indiquer qu'il n'y a pas lieu de distinguer, en l'espèce, selon que ladite demande a ou non été introduite dans le délai de deux mois à compter de la publication ou de la modification des actes qu'elle vise, prévu à l'article 263, sixième alinéa TFUE, Trib., 25 avril 2013, *Gbagbo/Conseil*, T-119/11, non encore publié au *Rec.*, point 41 (sous pourvoi). L'arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, *Al-Aqsa/Conseil* (T-348/07, *Rec.*, p. II 4575, points 31 à 35), qui semble avoir initié ce courant jurisprudentiel, a toutefois été annulé, sur un autre point, par l'arrêt de la Cour du 15 novembre 2012, *Al-Aqsa/Conseil*, C-539/10 P et C-550/10 P, non encore publié au *Rec.*

¹⁴⁷ Voy. C.J., 27 novembre 1984, *Bensider e.a./Commission*, 50/84, *Rec.*, p. 3991, point 8.

loi, cette disposition consacrait un délai de recours d'ordre public qui était fixe, absolu et non prorogeable et que toute dérogation à ou extension de ce délai qu'il accorderait, même unanimement consentie par les parties, serait donc contraire au libellé et à l'économie univoques de cette disposition ainsi qu'à la volonté des auteurs du traité. Par ailleurs, il avait fait valoir que les critères d'ordre public, au sens des articles 111 et 113 du règlement de procédure du Tribunal, qui imposaient à ce dernier de déclarer irrecevable soit un recours en annulation, soit une demande d'adaptation des conclusions d'annulation, ne pouvaient recevoir une interprétation restrictive, sous peine d'ouvrir, contrairement au principe de sécurité juridique et à l'égalité des justiciables devant la loi, la possibilité de contourner les prescriptions impératives du traité régissant, notamment, les délais de recours. Le juge de l'Union avait dès lors conclu que la demande d'adaptation des conclusions du requérant, qui était intervenue presque un an après l'expiration du délai de recours à l'encontre du règlement et presque cinq mois après la reprise de la procédure à la suite du prononcé d'un arrêt de la Cour, était manifestement tardive et devait être rejetée comme irrecevable¹⁴⁸.

94. Par ailleurs, dans une série d'arrêts de 2013, le Tribunal n'a admis la recevabilité de demandes d'adaptation de conclusions relatives à des actes intervenus en cours d'instance qu'après avoir vérifié que lesdites demandes avaient bien été présentées à son greffe dans le délai de recours, et ce sans aucune référence à une quelconque possibilité de dérogation¹⁴⁹.

95. De manière encore plus explicite, le Tribunal a rappelé en 2013 que, pour être recevable, une demande d'adaptation des conclusions devait être présentée dans le délai de recours prévu par l'article 263, sixième alinéa, TFUE. Là encore, ne faisant référence à aucune possibilité de dérogation, il a précisé que cette solution se rattachait à la jurisprudence constante selon laquelle ce délai de recours était d'ordre public, et devait être appliqué par le juge de l'Union de manière à assurer la sécurité juridique ainsi que l'égalité des justiciables devant la loi¹⁵⁰, de sorte qu'il appartenait au juge de vérifier, le cas échéant d'office¹⁵¹, si ce délai avait été respecté¹⁵².

¹⁴⁸ Voy. Trib., 16 décembre 2011, *Enviro Tech Europe et Enviro Tech International/Commission*, T-291/04, *Rec.*, p. II-8281, points 95 à 97.

¹⁴⁹ Voy. Trib., 28 mai 2013, *Al Matri/Conseil*, T-200/11, non encore publié au *Rec.*, point 82, Trib., 13 septembre 2013, *Makhoul/Conseil*, T-383/11, non encore publié au *Rec.*, point 21, Trib., 13 septembre 2013, *Anbouba/Conseil*, T-592/11, non encore publié au *Rec.*, point 31, Trib., 13 septembre 2013, *Anbouba/Conseil*, T-563/11, non encore publié au *Rec.*, point 27, et Trib., 12 décembre 2013, *Nabipour e.a./Conseil*, T-58/12, non encore publié au *Rec.*, point 19.

¹⁵⁰ Voy. C.J., 18 janvier 2007, *PKK et KNK/Conseil*, C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, point 101.

¹⁵¹ Voy. Trib., 11 janvier 2012, *Ben Ali/Conseil*, T-301/11, non encore publié au *Rec.*, point 16.

¹⁵² Voy. Trib., 6 septembre 2013, *Bank Melli Iran/Conseil*, T-35/10 et T-7/11, non encore publié au *Rec.*, point 55, Trib., 6 septembre 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, T-110/12, extraits non encore

96. Dans ces derniers arrêts, le juge de l'Union a par ailleurs très explicitement calqué les règles relatives à la computation du délai relatif à la présentation d'une demande visant à étendre les conclusions et moyens à un acte qui intervient en cours d'instance sur celles régissant l'introduction du recours en annulation¹⁵³.

iv. *Le refus d'un contrôle spéculatif de la légalité d'actes hypothétiques non encore adoptés*

97. De manière constante, le juge de l'Union considère qu'il ne peut être valablement saisi que d'une demande tendant à l'annulation d'un acte existant et faisant grief.

98. Dans ces conditions, la jurisprudence rappelle que, si le requérant peut être autorisé à reformuler ses conclusions de façon à ce que celles-ci visent l'annulation des décisions qui ont, en cours de procédure, remplacé les décisions initialement attaquées, cette solution ne saurait autoriser le contrôle spéculatif de la légalité d'actes hypothétiques non encore adoptés¹⁵⁴.

99. De la même manière, il est jugé que, s'il n'est pas exclu que, à titre exceptionnel, des conclusions nouvelles soient recevables lorsqu'elles visent l'annulation d'une deuxième décision qui, en cours de procédure, remplace une décision ayant le même objet, cette solution ne saurait autoriser le contrôle spéculatif de la légalité d'une deuxième décision hypothétique non encore adoptée, de sorte que des conclusions nouvelles d'un requérant dirigées contre une telle décision sont irrecevables en ce qu'elles modifient l'objet du recours¹⁵⁵.

100. À l'occasion d'une affaire dans laquelle, lors de l'audience, le requérant avait demandé au Tribunal d'élargir l'objet de la procédure à des décisions futures du Conseil, le juge de l'Union a considéré qu'il n'était pas compétent pour contrôler la légalité d'éventuelles décisions futures des institutions, de sorte que l'argumentation avancée au soutien de cette demande devait être regardée comme constituant un moyen nouveau qui ne pouvait être invoqué en cours d'instance, conformément à l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal

publiés au *Rec.*, point 17, et *Trib.*, 16 septembre 2013, *Bank Kargoshaei e.a./Conseil*, T-8/11, non encore publié au *Rec.*, point 40.

¹⁵³ Voy. *Trib.*, 6 septembre 2013, *Bank Melli Iran/Conseil*, T-35/10 et T-7/11, non encore publié au *Rec.*, points 57 à 60, *Trib.*, 6 septembre 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, T-110/12, extraits non encore publiés au *Rec.*, points 18 à 24, et *Trib.*, 16 septembre 2013, *Bank Kargoshaei e.a./Conseil*, T-8/11, non encore publié au *Rec.*, points 41 à 45.

¹⁵⁴ Voy. *Trib.*, 12 décembre 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conseil*, T-228/02, *Rec.*, p. II-4665, point 32, *Trib.*, 11 juillet 2007, *Al-Aqsa/Conseil*, T-327/03, *Rec.*, p. II-79 (publication sommaire), point 36, et *Trib.*, 11 juillet 2007, *Sison/Conseil*, T-47/03, *Rec.*, p. II-73 (publication sommaire), point 40.

¹⁵⁵ Voy. *Trib.*, 18 septembre 1996, *Langdon/Commission*, T-22/96, *Rec.*, p. II-1009, point 16.

et qu'elle devait, par conséquent, être rejetée comme irrecevable¹⁵⁶. Cependant, cette jurisprudence de 2010, qui établissait un lien entre, d'une part, l'incompétence du juge de l'Union, au regard des conclusions présentées et, d'autre part, l'irrecevabilité des moyens soulevés, semble être restée isolée.

101. En effet, dans son dernier état, la jurisprudence revient à une approche plus classique lorsqu'elle rappelle, soit que le juge de l'Union n'est pas autorisé à procéder à un contrôle spéculatif de la légalité d'actes hypothétiques non encore adoptés¹⁵⁷, soit que, si un requérant peut être autorisé à reformuler ses conclusions de façon à ce que celles-ci visent l'annulation des actes qui ont, en cours de procédure, remplacé les actes initialement attaqués, cette solution ne saurait autoriser le contrôle spéculatif de la légalité d'actes hypothétiques non encore adoptés¹⁵⁸.

102. À l'occasion de l'une de ces affaires, le juge de l'Union ajoute toutefois que, aux termes des dispositions de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal, toute requête doit contenir l'objet du litige, cette indication devant être suffisamment claire et précise pour permettre à la partie défenderesse de préparer sa défense et au Tribunal de statuer sur le recours, le cas échéant sans autres informations à l'appui et que, afin de garantir la sécurité juridique et une bonne administration de la justice, il faut ainsi, pour qu'un recours soit recevable, que la requête indique avec un certain degré de précision quels sont les actes dont le requérant demande l'annulation¹⁵⁹. Et il en conclut que son contrôle ne peut donc porter que sur les actes d'ores et déjà adoptés, identifiés avec suffisamment de précision par le requérant, et attaqués à la date de clôture de la procédure orale¹⁶⁰.

v. *L'adaptation des règles de recevabilité relatives au contentieux de la fonction publique*

103. S'agissant, plus particulièrement, du contentieux de la fonction publique, la jurisprudence semble une fois de plus s'inspirer des règles

¹⁵⁶ Voy. Trib., 29 septembre 2010, *Al-Faqih/Conseil*, T-135/06 à T-138/06, *Rec.*, p. II-208 (publication sommaire), point 26.

¹⁵⁷ Voy. Trib., 6 septembre 2013, *Iran Insurance/Conseil*, T-12/11, non encore publié au *Rec.*, point 46, et Trib., 6 septembre 2013, *Post Bank Iran/Conseil*, T-13/11, non encore publié au *Rec.*, point 45.

¹⁵⁸ Voy. Trib., 6 septembre 2013, *Export Development Bank of Iran/Conseil*, T-4/11 et T-5/11, non encore publié au *Rec.*, point 32, Trib., 6 septembre 2013, *Bank Refah Kargaran/Conseil*, T-24/11, non encore publié au *Rec.*, point 31, Trib., 13 septembre 2013, *Anbouba/Conseil*, T-592/11, non encore publié au *Rec.*, points 33 et 34, et Trib., 16 septembre 2013, *Bank Kargoshaei e.a./Conseil*, T-8/11, non encore publié au *Rec.*, point 47.

¹⁵⁹ Voy. C.J., 28 mai 1970, *Lacroix/Commission*, 30/68, *Rec.*, p. 301, points 20 à 27, et Trib., 29 novembre 1993, *Koelman/Commission*, T-56/92, *Rec.*, p. II-1267, point 19.

¹⁶⁰ Voy. Trib., 13 septembre 2013, *Anbouba/Conseil*, T-592/11, non encore publié au *Rec.*, points 33 et 34.

spécifiques régissant l'introduction des recours, puisqu'elle subordonne la possibilité d'adapter les conclusions et les moyens à la saisine de l'autorité investie du pouvoir de nomination d'une nouvelle réclamation préalable à l'encontre de la décision intervenue en cours d'instance.

104. À cet égard, il convient de rappeler qu'il résulte des articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires que le recours dirigé contre un acte faisant grief consistant dans une décision de l'autorité investie du pouvoir de nomination n'est recevable que si l'intéressé a préalablement saisi ladite autorité d'une réclamation et si cette décision a fait l'objet d'un rejet explicite ou implicite¹⁶¹.

105. Dans ces conditions, lorsque le requérant a introduit une réclamation contre la décision remplaçant, en cours d'instance, la décision initialement attaquée et que l'autorité investie du pouvoir de nomination l'a rejetée, le juge de l'Union semble admettre que la décision intervenue en cours d'instance constitue un élément nouveau permettant au requérant d'adapter ses conclusions et moyens¹⁶².

106. Ainsi, il a également été jugé, dans le cas d'une décision de non-promotion, que, si celle-ci était remplacée, en cours d'instance, par une nouvelle décision de non-promotion aboutissant au même résultat, et si cette nouvelle décision était prise après réexamen de la situation à la lumière de certains éléments qui n'étaient pas connus lors de l'adoption de l'ancienne décision, la décision remplaçant celle-ci constituait une décision nouvelle qui ne pouvait être attaquée en justice sans avoir fait l'objet d'une procédure précontentieuse¹⁶³.

107. Toutefois, lorsque la décision qui s'est substituée rétroactivement, en cours d'instance, à la décision initialement attaquée, est fondée sur les mêmes considérations de fait et de droit que la décision à l'encontre de laquelle la requête était initialement dirigée et qui a été précédée d'une réclamation satisfaisant aux exigences de l'article 90, paragraphe 2, du statut des fonctionnaires, le juge de l'Union semble considérer qu'il y a lieu de regarder comme satisfaite,

¹⁶¹ Voy. Trib., 6 juillet 2001, *Tsarnavas/Commission*, T-161/00, *RecFP*, p. I-A-155 et II-721, point 28, Trib., 26 octobre 2004, *Brendel/Commission*, T-55/03, *RecFP*, p. I-A-311 et II-1437, point 51, Trib., 9 octobre 2008, *Miguel Herreras/Commission*, T-407/04, non publié au *Rec.*, point 77, Trib., 9 octobre 2008, *Wilms/Commission*, non publié au *Rec.*, T-328/04, point 71, Trib., 9 octobre 2008, *Di Bucci/Commission*, T-312/04, non publié au *Rec.*, point 76, et Trib., 1^{er} avril 2009, *Valero Jordana/Commission*, T-385/04, *RecFP*, p. I-A-2-1 et II-A-2-1, point 78.

¹⁶² Voy. Trib., 9 octobre 2008, *Miguel Herreras/Commission*, T-407/04, non publié au *Rec.*, points 78 à 80, Trib., 9 octobre 2008, *Wilms/Commission*, T-328/04, non publié au *Rec.*, points 72 à 74, Trib., 9 octobre 2008, *Di Bucci/Commission*, T-312/04, non publié au *Rec.*, points 77 à 79, et Trib., 1^{er} avril 2009, *Valero Jordana/Commission*, T-385/04, *RecFP*, p. I-A-2-1 et II-A-2-1, points 79 à 81.

¹⁶³ Voy. Trib., 26 octobre 2004, *Brendel/Commission*, T-55/03, *RecFP*, p. I-A-311 et II-1437, point 52, et Trib., 6 juillet 2001, *Tsarnavas/Commission*, T-161/00, *RecFP*, p. I-A-155 et II-721, point 30.

y compris en ce qui concerne la décision intervenue en cours d'instance, l'obligation qui incombe aux fonctionnaires d'adresser à l'autorité investie du pouvoir de nomination une réclamation dirigée contre les actes qui leur font grief¹⁶⁴.

b. *Des conditions de recevabilité plus spécifiques*

108. L'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance est également soumise à des règles de recevabilité qui lui sont propres et qui tiennent à l'identité d'objet des décisions attaquées (i) ainsi qu'au respect de la nature du recours (ii).

i. *L'identité d'objet des décisions attaquées*

109. Le juge de l'Union a eu l'occasion d'affirmer que l'identité d'objet des décisions attaquées était une condition à remplir aux fins de l'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance¹⁶⁵. Dans l'affaire en question, la décision initialement attaquée, qui rejetait implicitement la demande de paiement d'une indemnité de réinstallation présentée par le requérant, avait été remplacée par une décision intervenue en cours d'instance, qui, si elle aboutissait, en définitive, à un résultat encore plus défavorable pour l'intéressé, reconnaissait cependant le droit de celui-ci à percevoir l'indemnité réclamée. En l'espèce, le juge de l'Union a considéré que la décision explicite intervenue en cours d'instance, qui avait pour objet d'établir une compensation entre, d'une part, le montant du trop-perçu par le requérant lors de son installation en Grèce et, d'autre part, le montant des sommes qui lui étaient dues au titre de son retour à Bruxelles, ne pouvait pas être regardée comme ayant le même objet que le rejet implicite précédent, de sorte que l'adaptation des conclusions et des moyens n'était pas permise.

ii. *Le respect de la nature du recours*

110. Une jurisprudence constante pose comme principe que, si les dispositions de l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure permettent, dans certaines circonstances, la production de moyens nouveaux en cours d'instance, ces dispositions ne peuvent, en aucun cas, être interprétées comme autorisant

¹⁶⁴ Voy. Trib., 26 octobre 2004, *Brendel/Commission*, T-55/03, *RecFP.*, p. I-A-311 et II-1437, points 53 à 56. Dans cette affaire, la décision intervenue en cours d'instance n'est pas considérée par le juge de l'Union comme un acte purement confirmatif. En effet, il ressort du point 47 de l'arrêt que la décision de classement intervenue en cours d'instance n'a pas la même portée que la décision initialement attaquée à laquelle elle s'est substituée, dans la mesure où le requérant est classé à un échelon différent.

¹⁶⁵ Voy. C.J., 10 avril 2003, *Hendrickx/Cedefop*, C-217/01 P, *Rec.*, p. I-3701, points 30 et 31.

le requérant à saisir le juge de l'Union de conclusions nouvelles et à modifier ainsi l'objet du litige¹⁶⁶.

111. Le juge de l'Union précise que cette solution n'est pas remise en cause par la circonstance qu'il admet que, dans le cadre du contentieux de l'annulation, les conclusions initiales dirigées contre un acte retiré, en cours d'instance, par l'institution dont ledit acte émane puissent être regardées, dans un souci de bonne administration de la justice, comme dirigées contre l'acte nouveau substitué par l'institution défenderesse à l'acte retiré. En effet, cette substitution, qui ne modifie pas la nature du litige initialement introduit, ne saurait être interprétée comme autorisant la substitution de conclusions en annulation aux conclusions en carence initialement présentées devant lui¹⁶⁷.

112. De la même manière, il ressort de la jurisprudence que, s'il est vrai qu'il a déjà été admis que, dans le cadre du contentieux de l'annulation, les conclusions dirigées contre un acte retiré, en cours d'instance, par l'institution dont il émanait, pouvaient être regardées comme dirigées contre l'acte nouveau substitué à l'acte retiré, une telle substitution ne modifie toutefois pas la nature du recours en annulation initialement introduit et doit, dès lors, être distinguée de la situation dans laquelle le requérant ajoute à ses conclusions en annulation des conclusions aux fins d'indemnité, de sorte que la nature du litige original se trouve modifiée¹⁶⁸.

113. Ces principes ont été rappelés en 2012 par le juge de l'Union. Après avoir réaffirmé que, si l'article 48, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal permettait, dans certaines circonstances, la production de moyens nouveaux en cours d'instance, cette disposition ne pouvait, en aucun cas, être interprétée comme autorisant le requérant à modifier en cours d'instance la nature du recours dont il avait saisi le Tribunal, le juge de l'Union a, en effet, de nouveau précisé que cette solution n'était pas remise en cause par

¹⁶⁶ Voy. C.J., 18 octobre 1979, *GEMA/Commission*, 125/78, *Rec.*, p. 3173, point 26, ainsi que Trib., 18 septembre 1992, *Asia Motor France e.a./Commission*, T-28/90, *Rec.*, p. II-2285, point 43, Trib., 11 mars 1993, *Boessen/CES*, T-87/91, *Rec.*, p. II-235, point 36, Trib., 13 juillet 1993, *Moat/Commission*, T-20/92, *Rec.*, p. II-799, point 45, Trib., 28 avril 1994, *Pevasa et Inpesca/Commission*, T-452/93 et T-453/93, *Rec.*, p. II-229, points 41 à 44, Trib., 21 mars 1996, *Chehab/Commission*, T-10/95, *RecFP*, p. I-A-135 et II-419, point 66, Trib., 9 juillet 1997, *S/Cour de justice*, T-4/96, *Rec.*, p. II-1125, point 104, Trib., 12 juillet 2001, *T. Port/Conseil*, T-2/99, *Rec.*, p. II-2093, point 34, Trib., 12 juillet 2001, *Banatrading/Conseil*, T-3/99, *Rec.*, p. II-2123, point 28, Trib., 27 octobre 2005, *Éditions Albert René/OHMI-Orange (MOBILIX)*, T-336/03, *Rec.*, p. II-4667, point 28, Trib., 14 novembre 2006, *Neirinck/Commission*, T-494/04, *RecFP*, p. I-A-2-259 et II-A-2-1345, point 29, Trib., 8 octobre 2008, *Gippini Fournier/Commission*, T-23/05, *RecFP*, p. I-A-2-63 et II-A-2-423, point 74, et Trib., 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava e.a.*, T-230/01 à T-232/01 et T-267/01 à T-269/01, *Rec.*, p. II-139 (publication sommaire), point 80.

¹⁶⁷ Voy. Trib., 18 septembre 1992, *Asia Motor France e.a./Commission*, T-28/90, *Rec.*, p. II-2285, point 43.

¹⁶⁸ Voy. Trib., 21 mars 1996, *Chehab/Commission*, T-10/95, *RecFP*, p. I-A-135 et II-419, point 66.

la circonstance que, dans le cadre du contentieux de l'annulation, lorsqu'une décision était, en cours de procédure, remplacée par une décision ayant le même objet, elle devait être considérée comme un élément nouveau permettant au requérant d'adapter ses conclusions et moyens. Une nouvelle fois, le juge de l'Union a ainsi considéré qu'une telle adaptation des conclusions et moyens de la requête n'avait pas pour effet de modifier la nature du recours et que, pour qu'un requérant soit recevable à adapter en cours d'instance ses conclusions initiales, il fallait, en tout état de cause, que, ce faisant, il ne modifiât pas la nature du recours¹⁶⁹.

Conclusion

114. Au terme de l'analyse de la jurisprudence récente relative à la production de moyens nouveaux dans le cadre de l'instance et à l'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance, force est de constater que, tout en apportant d'intéressantes précisions relatives, notamment, à la persistance ou à la disparition de l'objet initial du litige en cas d'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance, le juge de l'Union réaffirme, de manière semble-t-il constante, sa volonté de garantir la sécurité juridique et une bonne administration de la justice en réservant la faculté offerte aux parties de faire évoluer l'objet du litige à des circonstances particulières et exceptionnelles.

115. Dans son dernier état, la jurisprudence semble, en effet, avoir précisé les limites de la faculté offerte aux parties de faire évoluer leurs prétentions et leur argumentation. À cet égard, l'application par le Tribunal des règles dégagées par la Cour relatives, d'une part, à l'appréciation par le juge du pourvoi de la solution légale qui avait été donnée aux seuls moyens débattus devant les premiers juges et, d'autre part, à l'interdiction de produire des moyens nouveaux en cours d'instance dans le cadre d'un renvoi, mérite d'être soulignée. De la même manière, une conception assez restrictive des éléments de nature à permettre la présentation d'un moyen nouveau en cours d'instance semble être adoptée que ce soit pour les éléments n'existant pas au moment de l'introduction du recours ou pour ceux ne pouvant pas avoir été connus du requérant au moment de l'introduction du recours. Par ailleurs, en ce qui concerne l'adaptation des conclusions et des moyens en cours d'instance, l'application du critère de l'affectation directe et personnelle, l'affirmation du respect du délai de

¹⁶⁹ Voy. Trib., 13 juin 2012, *Insula/Commission*, T-246/09, non encore publiée au *Rec.*, points 100 à 103.

recours ainsi que les rappels relatifs au refus de tout contrôle spéculatif et au nécessaire respect de la nature du recours, participent du même mouvement.

116. Pour autant, pour ce qui est, notamment, de l'appréciation du moyen nouveau au regard de la procédure précontentieuse, le juge de l'Union a dernièrement fait preuve d'une certaine souplesse. La Cour a ainsi précisé que l'exigence d'une coïncidence entre les griefs invoqués dans la requête en manquement et les motifs de l'avis motivé n'allait pas jusqu'à imposer une coïncidence parfaite. De manière également notable, le Tribunal, sans limiter l'application de la règle de concordance entre la réclamation et la requête aux seuls cas où le recours contentieux modifie l'objet de la réclamation ou sa cause, a indiqué que les notions d'objet et de cause du litige ne sauraient être interprétées de manière restrictive. Par ailleurs, la possibilité pour l'intervenant de présenter des arguments nouveaux ou différents de ceux de la partie qu'il soutient a été clairement affirmée.

117. Ces ajustements, dans leur ensemble, demeurent empreints de prudence et de pondération. La montée en charge de certains types de contentieux ainsi que la volonté d'améliorer encore l'accès des justiciables au prétoire conduiront, sans doute, à de nouvelles évolutions. Gageons que, dans cette perspective, le juge de l'Union gardera à l'esprit que, « même pour applaudir à quelque chose, il faut avoir le sens de la mesure »¹⁷⁰.

¹⁷⁰ S. J. LEC, *Nouvelles pensées échevelées*, Montricher (Suisse), Les éditions Noir sur Blanc, 1993, p. 171.

CHAPITRE 5. LES DÉPENS DANS LE CONTENTIEUX EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : APERÇU DE JURISPRUDENCE RÉCENTE

Tristan MATERNE¹

Introduction

Le coût de la justice est un élément crucial – peut-être même déterminant – dans le choix d'un justiciable de se tourner vers les tribunaux. La justice chapeautant l'ordre juridique de l'Union européenne n'échappe pas à la règle.

La présente contribution vise à exposer les développements jurisprudentiels les plus récents en matière de frais de justice – les dépens – dans le cadre du contentieux porté devant les juridictions de l'Union européenne². En particulier, les éléments les plus saillants de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne³ prononcée au cours des deux dernières années y seront mis en exergue. Après avoir brièvement rappelé les règles présidant à la répartition des dépens, notamment le nouveau régime d'allocation des dépens dans le contentieux de la fonction publique européenne (I), les évolutions récentes de la jurisprudence quant à la détermination du type de dépens récupérables et quant à la quantification de ces dépens seront examinées (II).

I. – Les règles organisant la répartition des dépens

Le statut de la Cour de justice comporte quelques dispositions élémentaires en matière de répartition des dépens. L'article 38 du statut dispose que

¹ L'auteur est attaché au Service public fédéral Affaires étrangères, Commerce extérieur et Coopération au Développement, et agent du gouvernement belge auprès de la Cour de justice de l'Union européenne. Les opinions exprimées n'engagent en aucune façon l'institution à laquelle l'auteur appartient. Il peut être contacté à l'adresse tristan.materne@dipobel.fed.be.

² Sur la problématique des dépens, voy. l'ouvrage de référence de S. MAIL-FOUILLEUL, *Les dépens dans le contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

³ Dans la présente contribution, les termes « Cour », « Tribunal » et « Tribunal de la fonction publique » seront utilisés pour désigner les trois juridictions composant la Cour de justice de l'Union européenne, expression qui vise l'institution.

« [l]a Cour de justice statue sur les dépens ». L'article 58, paragraphe 2, dudit statut (ainsi que l'article 11, paragraphe 2, de son annexe I, s'agissant des pourvois formés contre les décisions du Tribunal de la fonction publique) prévoit qu'« [u]n pourvoi ne peut porter uniquement sur la charge et le montant des dépens ». Enfin, l'article 7, paragraphe 5, de l'annexe I audit statut énonce que « [l]e Tribunal de la fonction publique statue sur les dépens [; s]ous réserve des dispositions particulières du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens ». Ce sont donc les règlements de procédure des trois juridictions de l'Union qui contiennent des dispositions plus détaillées relatives aux dépens. Toutefois, en raison de la grande diversité des affaires et des difficultés pouvant parfois être rencontrées par les juridictions de l'Union lorsqu'il s'agit de statuer sur les dépens, les règlements de procédure se devaient d'être suffisamment souples. C'est pourquoi ces règlements se caractérisent, en matière de dépens, « par des articles peu nombreux, courts et utilisant des termes généraux »⁴.

Lesdits règlements de procédure disposent qu'il est statué sur les dépens dans l'arrêt ou l'ordonnance qui met fin à l'instance⁵. La principale règle de répartition est la suivante : toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. Toutefois, les juridictions de l'Union peuvent s'écarter de cette règle, et décider de l'allocation des dépens entre les parties, par exemple, lorsque plusieurs parties succombent, lorsque les parties succombent respectivement sur un ou plusieurs chefs, ou lorsqu'existent des circonstances particulières. Ainsi, une partie qui a succombé pourrait n'être condamnée qu'à ses propres dépens, ou être condamnée à ses dépens et à supporter une partie des dépens de la partie gagnante, voire ne pas être condamnée du tout à ce titre. À l'inverse, une partie gagnante peut se voir condamner à rembourser les frais qu'elle aura fait exposer à l'autre partie, et que la juridiction aura reconnus comme frustratoires ou vexatoires⁶.

Le dispositif règlementaire prévu offre ainsi aux juges de l'Union une certaine flexibilité dans la répartition des dépens, qui leur permet de tenir compte des circonstances particulières à chaque affaire. Par exemple, une partie qui avait introduit devant le Tribunal une demande en annulation d'une décision de la chambre des recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) qui lui était défavorable, et qui a succombé, a été condamnée à ne

⁴ S. MAIL-FOUILLEUL, *op. cit.*, p. 14.

⁵ Art. 137 du règlement de procédure de la Cour (ci-après le « RPC ») ; art. 87, par. 1^{er}, du règlement de procédure du Tribunal (ci-après le « RPT ») ; art. 86 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique (ci-après le « RPTFP »).

⁶ Voy. les articles 138 et 139 RPC ; art. 87, par. 2 et 3, RPT ; art. 87 à 89 RPTFP.

supporter que ses propres dépens en raison d'erreurs insérées dans la décision attaquée. Ces erreurs avaient été admises par l'OHMI lui-même⁷.

La répartition des dépens des États et des institutions intervenant dans un litige obéit à des règles spécifiques. Ainsi, les États membres et les institutions, les États parties à l'accord sur l'Espace économique européen autres que les États membres, et l'Autorité de surveillance de l'Association européenne de libre-échange supportent leurs propres dépens lorsqu'ils interviennent dans un litige. En revanche, les dépens exposés par d'autres catégories d'intervenants seront répartis selon les règles usuelles : si la partie soutenue succombe, l'intervenant supportera ses propres dépens ainsi que ceux qu'il a occasionnés à la partie gagnante (si celle-ci a conclu en ce sens) ; si la partie soutenue obtient gain de cause, la partie adverse qui succombe devra en principe supporter les dépens de l'intervenant (si celui-ci a conclu en ce sens)⁸. Relevons d'emblée que la jurisprudence de l'Union dispose que la tâche procédurale d'un intervenant, qui doit récupérer ses dépens, est sensiblement facilitée par le travail de la partie au soutien de laquelle ce dernier est intervenu. En conséquence, l'appréciation du montant des dépens récupérables sera d'autant plus stricte⁹.

La partie qui se désiste est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens par l'autre partie dans ses observations sur le désistement. Toutefois, à la demande de la partie qui se désiste, les dépens sont supportés par l'autre partie, si cela apparaît justifié par l'attitude de cette dernière (typiquement, il s'agit, par exemple, de désistements de la Commission européenne de recours en manquement engagés contre un État membre pour non-transposition d'une directive ; la Commission se désistait lorsque celui-ci aura adopté les mesures nécessaires à la transposition complète de la directive ; par son attitude – la transposition tardive d'une directive – cet État aura donc obligé la Commission à engager une procédure contentieuse¹⁰). En cas d'accord des parties sur les dépens, il est statué selon l'accord. À défaut de conclusions sur les dépens, chaque partie supporte ses propres dépens¹¹.

Les règlements de procédure des trois juridictions prévoient des règles spécifiques aux pourvois¹².

⁷ C.J., 27 juin 2013, *International Engine Intellectual Property Company/OHMI*, T-248/11, non encore publié au *Rec.*, point 56. Un point de la décision de la chambre des recours de l'OHMI n'avait aucun lien avec l'affaire en cause, ce qui avait pu contribuer à inciter cette partie à introduire le recours devant le Tribunal.

⁸ Art. 140 RPC ; art. 87, par. 4, RPT ; art. 89, par 4, RP TFP.

⁹ C.J., 16 mai 2013, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, C-208/11 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 35, et C.J., 7 juin 2012, *France Télévisions/TF1*, C-451/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 26.

¹⁰ Voy. p. ex. C.J., 21 octobre 2013, *Commission/Belgique*, C-321/13, non encore publiée au *Rec.*, point 4.

¹¹ Art. 141 RPC ; art. 87, par. 5, RPT ; art. 89, par. 5 et 7, RP TFP.

¹² Art. 184 RPC ; art. 121 et 148 RPT ; art. 115 RP TFP.

Dans le cadre de la procédure de réexamen¹³, les intéressés visés à l'article 23 du statut de la Cour ainsi que les parties à la procédure devant le Tribunal ayant déposé des mémoires ou présenté des observations écrites devant la Cour sur les questions faisant l'objet du réexamen doivent supporter leurs propres dépens, dès lors qu'aucune règle de répartition des dépens, dans le cadre de la procédure de réexamen, n'existe¹⁴.

En matière de contentieux de la fonction publique européenne, une règle dérogatoire au principe selon lequel une partie ayant succombé supporte les dépens prévoyait que les frais exposés par les institutions, dans les litiges les opposant à leurs fonctionnaires, restaient à charge de celles-ci. Ainsi, le fonctionnaire n'ayant pas obtenu gain de cause devait supporter ses propres dépens. Cette règle d'exception était toutefois tempérée en ce que la Cour (et plus tard le Tribunal) pouvait condamner une partie, même gagnante, à rembourser à l'autre partie les frais qu'elle lui avait fait exposer et que la Cour reconnaissait comme frustratoires ou vexatoires¹⁵.

Cette règle d'exception, favorable aux fonctionnaires, a perduré jusqu'il y a peu. En effet, elle n'a été abandonnée qu'en vertu de la décision 2004/752 du Conseil, du 2 novembre 2004, instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne¹⁶. La décision 2004/752 a en effet modifié le protocole sur le statut de la Cour de justice, en y ajoutant notamment une annexe I, dont l'article 7, paragraphe 5, prévoit que « le Tribunal de la fonction publique statue sur les dépens ; [s]ous réserve des dispositions particulières du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens ». Désormais, la règle d'allocation générale des dépens trouve à s'appliquer dans ce type de contentieux. Toutefois, le Tribunal de la fonction publique a décidé, dans son arrêt *Falcione/Commission*, de ne pas appliquer cette nouvelle règle générale de répartition aux affaires introduites avant l'entrée en vigueur de son règlement de procédure (le 1^{er} novembre 2007)¹⁷.

¹³ Cette procédure, comme son nom l'indique, permet à la Cour de réexaminer les décisions rendues par le Tribunal sur pourvoi formé contre les décisions du Tribunal de la fonction publique (art. 256, par. 2, al. 2, du TFUE), et les décisions rendues par le Tribunal sur des questions préjudicielles (art. 256, par. 3, al. 2, du TFUE – la possibilité de conférer au Tribunal une compétence en matière de questions préjudicielles n'a pas été jusqu'ici mise en œuvre), en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou la cohérence du droit de l'Union.

¹⁴ C.J., 28 février 2013, *Arango Jaramillo et autres/BEI*, C-334/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 61.

¹⁵ H. TAGARAS, *Le tribunal de la fonction publique et la question des dépens, Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 977. Sur la raison d'être de ce régime dérogatoire, voy. S. MAILFOUILLEUL, *op. cit.*, pp. 241-245.

¹⁶ *J.O.*, 9 novembre 2004, L 333, p. 7.

¹⁷ T.F.P., 26 avril 2006, *Falcione/Commission*, F-16/05, *Rec.* 2006 FP-I-A-1-3 et FP-II-A-1-7, points 77 à 86. Sur les raisons qui ont amené le Tribunal de la fonction publique à ne pas donner effet à cette nouvelle règle avant le 1^{er} novembre 2007, voy. H. TAGARAS, *op. cit.*, p. 986.

Ce n'est donc qu'à partir des arrêts rendus au cours de l'année 2008 que le Tribunal de la fonction publique a pu appliquer cette nouvelle règle de répartition des dépens.

Désormais, la répartition des dépens d'un litige porté devant le Tribunal de la fonction publique est donc régie par la règle générale selon laquelle la partie qui succombe supporte la charge des dépens (article 87, paragraphe 1^{er}, RP TFP). Cette règle générale est tempérée par la possibilité pour le Tribunal de la fonction publique, lorsque l'équité l'exige, de décider qu'une partie qui succombe ne soit condamnée que partiellement aux dépens, voire qu'elle ne doive pas être condamnée à ce titre (article 87, paragraphe 2, RP TFP). La notion d'équité est certes vague, mais, comme le souligne à juste titre H. Tagaras, le règlement de procédure a voulu préserver l'essence de cette nouvelle règle, ce qui aurait été difficile en cas d'adoption de règles de plafonnement ou d'exclusion de catégories déterminées de dépenses, et confier au Tribunal de la fonction publique la tâche d'identifier les hypothèses pour lesquelles il serait justifié de s'écarter de la nouvelle règle¹⁸.

La jurisprudence relative à la période examinée permet de saisir divers cas de figure dans lesquels le Tribunal de la fonction publique a décidé d'appliquer la clause de l'équité. Ainsi, il a pu juger notamment que cette clause entrait en jeu lorsque le Comité économique et social n'avait pas répondu à une réclamation du requérant, à propos de l'octroi de l'indemnité de dépaysement¹⁹, lorsqu'un motif n'a été avancé qu'au stade contentieux alors qu'il aurait pu l'être au stade précontentieux²⁰ ou lorsqu'un motif non pertinent est avancé au stade précontentieux, ce qui peut contribuer à inciter le requérant à introduire un recours²¹, ou encore lorsque l'institution se contente de recopier les motifs de sa décision initiale dans la décision de réexamen de cette dernière²². Une décision dont le contenu est partiellement inexact a encore amené le Tribunal de la fonction publique à appliquer la clause de l'équité : une décision de reconnaissance de maladie grave (de la fille d'un fonctionnaire) ne mentionnait pas l'existence de plafonds de remboursement de soins médicaux, et renvoyait en outre à une réglementation commune qui n'était plus en vigueur à la date à

¹⁸ H. TAGARAS, *op. cit.*, p. 997. Relevons que les auteurs de la décision 2004/752, dans leur déclaration n° 2 inscrite dans le procès-verbal de la réunion du 23 septembre 2004, ont précisé qu'« il serait opportun que les dispositions particulières du règlement de procédure (du TFP) prévoient un mécanisme de plafonnement des frais à la charge des fonctionnaires condamnés aux dépens, notamment dans le cas de recours à un ou plusieurs avocats extérieurs par l'institution concernée ».

¹⁹ T.F.P., 26 juin 2013, *Achab/CESE*, F-21/12, non encore publié au *RecFP*, point 52.

²⁰ T.F.P., 16 septembre 2013, *Wurster/EIGE*, F-20/12 et F-43/12, non encore publié au *RecFP*, point 105.

²¹ T.F.P., 13 juin 2012, *Mocová/Commission*, F-41/11, non encore publié au *RecFP*, point 53.

²² T.F.P., 16 septembre 2013, *Faita/CESE*, F-92/11, non encore publié au *RecFP*, points 115 à 117.

laquelle ladite décision a été adoptée. Dès lors, elle était de nature à faire croire au fonctionnaire qu'il pourrait bénéficier du remboursement de l'intégralité des frais exposés²³. La clause de l'équité a également été appliquée lorsqu'il est ressorti d'une décision de la Commission faisant grief au requérant que celle-ci « a utilisé des informations sur la situation familiale du requérant dont elle disposait uniquement en raison du fait que la fille de ce dernier effectuait un stage auprès de ses services », et que ladite décision contenait « plusieurs considérations relatives à la vie personnelle et familiale du requérant qui relèvent de la pure spéculation et qui sont inopportunes »²⁴. Le Tribunal de la fonction publique a aussi estimé que des irrégularités contenues dans un rapport de stage, bien que n'étant pas susceptibles d'entraîner l'annulation de la décision litigieuse (à savoir la décision de Frontex de mettre un terme au contrat de travail d'un de ses agents temporaires) avaient peut-être contribué à inciter le requérant à introduire un recours en annulation²⁵, et donc justifiaient l'application de l'article 87, paragraphe 2, du RP TFP. La clause de l'équité est encore intervenue lorsqu'un avis de concours avait été mal rédigé²⁶.

Notons que l'arrêt ou l'ordonnance qui met fin à l'instance n'a pas vocation à fixer le montant des dépens récupérables. Comme il vient d'être vu, l'arrêt ou l'ordonnance mettant fin à l'instance se borne, en principe, à répartir la charge des dépens, laissant les parties s'entendre sur les catégories de dépens et leur montant. Ce n'est que si une contestation surgit entre les parties à l'occasion des types de dépens et du montant à récupérer que les juridictions de l'Union pourront être saisies d'une procédure de taxation des dépens²⁷.

II. – La détermination et la quantification des dépens récupérables

C'est principalement au stade de la procédure de taxation des dépens que le juge de l'Union déterminera les différents types de dépens qui peuvent être réclamés, et en fixer le montant (A). Cet exercice est encadré par des lignes directrices dégagées par une jurisprudence constante, qui sous-tendent le travail du juge appelé à déterminer et à quantifier les dépens (B). Enfin, parce

²³ T.F.P., 5 juin 2012, *AW/Commission*, F-14/11, non encore publié au *RecFP*, point 67.

²⁴ T.F.P., 19 mars 2013, *Infante Garcia-Consuegra/Commission*, F-10/12, non encore publié au *RecFP*, points 50 à 54.

²⁵ T.F.P., 12 juin 2013, *Slawomir Bogusz/Frontex*, F-5/12, non encore publié au *RecFP*, point 100.

²⁶ T.F.P., 24 avril 2013, *CB/Commission*, F-73/11, non encore publié au *RecFP*, point 99.

²⁷ Trib., 11 janvier 2013, *Kokomarina/OHMI*, T-568/11, non encore publié au *Rec.*, points 57 et 58.

que toute dépense exposée à l'occasion d'un litige n'est pas susceptible d'être remboursée à la partie gagnante, l'analyse de la jurisprudence relative à la période étudiée permettra de saisir les développements récents quant aux types de dépens récupérables (C).

A. *La procédure de taxation des dépens*

Une partie condamnée à supporter les dépens de la partie adverse (ou du moins une partie de ses dépens) peut contester le montant de la facture qui lui est présentée. À cette fin, la partie ayant succombé, qui conteste les dépens qu'elle doit rembourser, peut saisir la juridiction ayant statué sur les dépens d'un recours visant à déterminer de manière définitive les dépens récupérables et à en fixer leur montant. Cette procédure, dite de taxation des dépens, est prévue aux articles 145 du RPC, 92 du RPT et 92 du RP TFP.

La procédure de taxation des dépens ne doit pas nécessairement être mise en œuvre par la partie ayant succombé. Ainsi, la partie ayant obtenu gain de cause peut aussi saisir le juge de l'Union, dès lors qu'elle se heurte à l'inertie de la partie condamnée aux dépens. Dans ce cas, l'absence de contestation de la part de cette dernière ne fera pas obstacle à l'introduction de la procédure de taxation des dépens, comme en témoigne l'ordonnance du Tribunal de la fonction publique du 27 juin 2013, *Marcuccio/Commission*. Dans cette affaire, la Commission, requérante en taxation des dépens, avait saisi le Tribunal de la fonction publique pour obtenir le remboursement d'une somme de 5.500 euros au titre des dépens récupérables auprès de M. Marcuccio, qui avait succombé dans le cadre d'un litige préalable. La Commission avait notifié au conseil de M. Marcuccio la facture des frais qu'elle avait dû engager pour assurer sa défense dans le litige principal. Malgré cette notification, aucune réponse n'y a été donnée. Dans le cadre de la procédure en taxation des dépens, M. Marcuccio soutenait qu'il ne pouvait y avoir dès lors contestation des dépens. Le Tribunal de la fonction publique a indiqué qu'il n'était pas nécessaire que la partie condamnée aux dépens conteste explicitement les frais réclamés par l'autre partie. En effet, soumettre la recevabilité d'une demande de taxation des dépens à la contestation explicite de cette demande par la partie condamnée aux dépens permettrait à cette dernière de s'opposer à toute demande de taxation des dépens en s'abstenant de réagir²⁸.

Les règlements de procédure ne fixent aucun délai pour introduire une procédure de taxation des dépens. Le Tribunal estime qu'une partie ayant droit

²⁸ T.F.P., 27 juin 2013, *Marcuccio/Commission*, F-91/09 DEP, non encore publiée au *RecFP*, point 28.

aux dépens est justifiée à attendre l'expiration du délai de réexamen avant de présenter sa demande de remboursement des dépens à la partie ayant succombé²⁹. Une telle demande doit toutefois être introduite dans un délai raisonnable³⁰. Le caractère raisonnable d'un délai doit être apprécié en fonction des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, de l'enjeu du litige pour l'intéressé, de la complexité de l'affaire et du comportement des parties en présence³¹. Des délais parfois importants sont observés entre l'arrêt statuant sur les dépens et la demande de taxation des dépens : par exemple, des délais de 4 ans et 3 mois et d'un an et 8 mois ont été jugés raisonnables³².

L'objet de la procédure de taxation des dépens est bien défini : il s'agit d'obtenir d'une juridiction une décision relative à un différend opposant deux parties quant au montant ou au calcul des dépens auxquels une de ces parties a été condamnée. En conséquence, une partie condamnée aux dépens dans une décision ne pourra remettre en cause, partiellement ou totalement, la condamnation dont elle a fait l'objet³³. De même, une demande de dommages-intérêts dans le cadre d'une procédure de taxation des dépens est irrecevable, sous peine de constituer un détournement de procédure³⁴.

Une ordonnance de taxation de dépens n'est pas susceptible de pourvoi (voy. l'article 58, alinéa 2, du statut de la Cour : un pourvoi ne peut porter uniquement sur la charge et le montant des dépens). La Cour a eu l'occasion de faire application de cette disposition dans son ordonnance *Kerstens/Commission* du 7 février 2013. L'argument du requérant en pourvoi n'était pas dénué d'intérêt, puisqu'il faisait valoir une discrimination en ce que ledit article du statut interdisait la possibilité de former un pourvoi en matière de dépens, alors qu'une telle voie de recours est possible lorsqu'il s'agit de relever des erreurs de droit ou des vices de procédure dans d'autres matières que celles des dépens où les incidences financières peuvent être comparables. La Cour s'est bornée à rejeter

²⁹ Trib., 27 novembre 2012, *Gualtieri/Commission*, T-413/06 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 26. Selon l'article 62, alinéa 2, du statut de la Cour, la proposition de réexamen (formulée par le premier avocat général) doit être faite dans un délai d'un mois à compter du prononcé de la décision du Tribunal. La Cour décide ensuite, dans un délai d'un mois à compter de la proposition, s'il y a lieu de réexaminer ou non la décision.

³⁰ C.J., 4 juillet 2013, *Kronofrance SA/République fédérale d'Allemagne et autres*, C-75/05 P-DEP et C-80/05 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, points 13 et 14, C.J., 28 février 2013, *Marcuccio/Commission*, C-528/08 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 16, et Trib., 27 novembre 2012, *Gualtieri/Commission*, T-413/06 P-DEP, non publiée au *Rec.*, points 24 et 25.

³¹ Trib., 27 novembre 2012, *Gualtieri/Commission*, T-413/06 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 28.

³² Voy. respectivement C.J., 4 juillet 2013, *Kronofrance SA/République fédérale d'Allemagne et autres*, C-75/05 P-DEP et C-80/05 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 15, et Trib., 27 novembre 2012, *Gualtieri/Commission*, T-413/06 P-DEP, non publiée au *Rec.*, points 26 à 31.

³³ Trib., 13 juin 2012, *Trioplast Industrier/Commission*, T-40/06 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 22.

³⁴ Trib., 23 mars 2012, *Kerstens/Commission*, T-266/08 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 30, et Trib., 23 mars 2012, *Kerstens/Commission*, T-498/09 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 46.

l'argument du requérant³⁵. On peut toutefois comprendre que l'absence de pourvoi contre une ordonnance de taxation des dépens permet de ne pas prolonger plus que nécessaire la procédure de taxation des dépens.

Une partie prendra soin, au stade de la procédure de taxation des dépens, à conclure à la condamnation de l'autre partie aux dépens de cette procédure. Dans le cas contraire, chaque partie supportera ses propres dépens³⁶.

Aux dépens déterminés par le juge de l'Union, la partie qui a droit au remboursement de ses dépens pourra également prétendre au versement d'intérêts de retard. Le droit au remboursement des dépens trouve son fondement juridique dans l'ordonnance de taxation des dépens et dès lors, les intérêts légaux ne peuvent courir qu'à partir du prononcé de l'ordonnance³⁷.

De manière générale, la jurisprudence de l'Union n'exclut pas que, dans la quantification des dépens mis à charge d'une partie, la capacité contributive de cette partie puisse être prise en compte, et ce pour que son droit à un recours effectif ne soit pas mis en péril. Il appartient toutefois à la partie condamnée d'apporter des éléments permettant aux juges d'établir sa capacité contributive³⁸.

B. *Les principes prétoriens encadrant la quantification des dépens*

En matière de fixation des dépens, une jurisprudence constante de la Cour de justice dispose que, le droit de l'Union ne contenant pas de dispositions de nature tarifaire, le juge de l'Union est libre d'apprécier les données de la cause, en tenant compte des intérêts économiques que le litige a eu pour les parties, de l'objet et de la nature du litige, de son importance sous l'angle du droit de l'Union ainsi que des difficultés de la cause et de l'ampleur du travail que la procédure contentieuse a pu causer aux agents et aux conseils intervenus³⁹.

Au cours de la période examinée, les juridictions de l'Union ont rappelé leur jurisprudence constante selon laquelle, en matière de marques, les litiges présentent un intérêt économique certain, eu égard à l'importance des marques dans le commerce ; le titulaire d'une marque peut en effet avoir un intérêt à s'opposer à l'enregistrement d'une autre marque, à voir confirmée l'annulation

³⁵ C.J., 7 février 2013, *Kerstens/Commission*, C-304/12 P, non encore publiée au *Rec.*, point 20.

³⁶ T.F.P., 12 décembre 2012, *Kertens/Commission*, F-12/10 DEP, non encore publiée au *RecFP*, point 51.

³⁷ Trib., 23 mars 2012, *Kerstens/Commission*, T-266/08 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 37 et jurisprudence citée.

³⁸ Trib., 27 novembre 2012, *Gualtieri/Commission*, T-413/06 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 73.

³⁹ C.J., 12 octobre 2012, *Zafra Marroquinos, SL/Calvin Klein Trademark Trust*, C-254/09 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 21.

de l'enregistrement d'une marque, ou encore à voir refusée une demande d'enregistrement d'une marque⁴⁰.

Mais c'est en matière de contentieux des amendes infligées par la Commission en cas de violation des règles de concurrence que s'illustre la jurisprudence du Tribunal. Celui-ci, pour apprécier l'intérêt économique du litige pour les parties requérantes, procède habituellement à une comparaison entre l'amende infligée par la Commission aux sociétés requérantes et le chiffre d'affaires réalisé par lesdites sociétés. Ainsi, dans une ordonnance du 14 janvier 2013, le Tribunal a repris l'argumentation de la Commission, qui soutenait que l'intérêt économique du litige était plus que relatif, dès lors que l'amende infligée représentait seulement 1,8 % du chiffre d'affaires⁴¹. À l'inverse, dans une ordonnance du 13 juin 2012, le Tribunal a considéré qu'une amende de 7,73 millions d'euros, soit 2,7 % du chiffre d'affaires global de la société, représentait, tant en termes absolus qu'en termes relatifs, un montant considérable. Le Tribunal a estimé dès lors que l'affaire présentait un intérêt économique considérable pour la requérante, tout en reconnaissant toutefois que celui-ci ne pouvait être considéré comme étant particulièrement élevé⁴². Cette approche différenciée dans l'appréciation de l'intérêt économique du litige s'est aussi manifestée dans deux autres ordonnances. Alors que le Tribunal a refusé, dans une procédure de taxation des dépens, de prendre en compte la différence entre le montant maximal de l'amende qui aurait pu être infligée à une société et le montant effectivement infligé, il a clairement adopté l'approche inverse dans une autre procédure : ainsi, le Tribunal, dans une procédure, a relevé qu'une amende représentait moins d'un cinquième de l'amende qui aurait pu théoriquement être infligée (le litige ayant par conséquent un intérêt économique « plus que relatif »), alors qu'il a considéré, dans une autre procédure, que « la fixation des dépens récupérables ne saurait, dans des affaires comme la présente, dépendre des possibilités de la Commission d'infliger une amende à un montant supérieur dans les limites du cadre juridique applicable [; u]ne solution contraire permettrait à la Commission de contester systématiquement l'intérêt économique du litige pour les requérantes dans le cadre d'une demande de taxation des dépens dès lors qu'elle n'a pas infligé d'amende au montant maximal autorisé en vertu du cadre

⁴⁰ Voy. respectivement, C.J., 12 octobre 2012, *Zafra Marroquíneros, SL/Calvin Klein Trademark Trust*, C-254/09 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 24, C.J., 12 septembre 2012, *Klosterbrauerei Weissenhohe GmbH & Co. KG/Giampietro Torresan*, C-5/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 15, et C.J., 10 juillet 2012, *Norma Lebensmittelfilialbetrieb GmbH & Co. KG/Yorma's AG.*, C-191/11 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 19.

⁴¹ Trib., 14 janvier 2013, *BASF Schweiz and BASF Lampertheim/Commission*, T-25/10 DEP, non publiée au *Rec.*, point 31.

⁴² Trib., 13 juin 2012, *Trioplast Industrier/Commission*, T-40/06 DEP, non encore publiée au *Rec.*, points 41, 42 et 44.

juridique applicable »⁴³. Enfin, la Cour a encore, dans le cadre d'une autre affaire, eu égard à la seule valeur absolue d'une amende pour apprécier l'importance du litige. Elle a ainsi considéré qu'un litige portant sur une amende de 45 millions d'euros « revêtait une importance économique à tout le moins non négligeable pour la requérante »⁴⁴.

La Cour a aussi, sans surprise, conclu à un intérêt économique certain lorsqu'est en jeu une décision de la Commission relative au projet d'octroi à une société par la France d'une dotation en capital de 150 millions d'euros⁴⁵. Le Tribunal pour sa part a reconnu qu'un litige remettant en cause un gel de fonds et de ressources économiques présentait un intérêt économique très important pour la personne ou l'organisation visée par ces mesures restrictives⁴⁶.

Quant à l'objet et à la nature du litige, la jurisprudence examinée rappelle qu'une procédure de pourvoi est par nature limitée aux questions de droit, et n'a pas pour objet la constatation de faits. Il en résulte qu'une procédure de pourvoi n'est par nature pas susceptible de générer une charge de travail considérable⁴⁷. La Cour a aussi précisé qu'une affaire jugée par une chambre à cinq juges, et qui n'a pas bénéficié du prononcé de conclusions par un avocat général, ne présentera pas des difficultés particulières de nature à soulever des questions de droit nouvelles⁴⁸. En revanche, un problème juridique ne pouvant être résolu par une simple application du droit de l'Union tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour requiert une analyse approfondie⁴⁹.

Une question de droit nouvelle, dans le cadre d'un pourvoi, militera en faveur d'une affaire d'une certaine importance⁵⁰. L'importance du litige pour une

⁴³ Trib., 14 janvier 2013, *BASF Schweiz et BASF Lampertheim/Commission*, T-25/10 DEP, non publiée au *Rec.*, point 31 ; Trib., 28 mai 2013, *Elementis e.a./Commission*, T-43/10 DEP, non encore publiée au *Rec.*, points 40 et 41.

⁴⁴ C.J., 1^{er} octobre 2013, *Elf Aquitaine SA/Commission*, C-521/09 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 21.

⁴⁵ C.J., 7 juin 2012, *France Télévisions SA/Télévision française 1 SA (TF1)*, C-451/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 25.

⁴⁶ Trib., 20 novembre 2012, *Al Shanfari/Conseil et Commission*, T-121/09 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 20, à propos d'un litige concernant une personne physique visée par le règlement (CE) n° 314/2004 du Conseil, du 19 février 2004, concernant certaines mesures restrictives à l'égard du Zimbabwe.

⁴⁷ C.J., 12 octobre 2012, *Zafra Marroquinos, SL/Calvin Klein Trademark Trust*, C-254/09 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 25 ; C.J., 12 septembre 2012, *Klosterbrauerei Weissenohe GmbH & Co. KG/Giampietro Torresan*, C-5/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 16.

⁴⁸ C.J., 16 mai 2013, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, C-208/11 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 34.

⁴⁹ C.J., 13 décembre 2012, *EMSA/Evropaïki Dynamiki*, C-252/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 19, à propos d'une question du droit des marchés publics, à savoir la spécification de critères préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires et de leur pondération par un pouvoir adjudicateur.

⁵⁰ C.J., 12 octobre 2012, *Zafra Marroquinos, SL/Calvin Klein Trademark Trust*, C-254/09 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 26.

partie est aussi avérée lorsque ce litige met en jeu la préservation d'une chance, pour le requérant, d'intégrer la fonction publique européenne⁵¹.

Enfin, quant aux difficultés de l'affaire, la jurisprudence a rappelé que le contentieux des infractions à l'article 101 TFUE est relativement connu et des plus courant en droit de la concurrence de l'Union⁵². Par conséquent, de tels contentieux ne peuvent présenter des difficultés particulières.

C. *Les types de dépens récupérables*

Avant de procéder à la quantification des dépens, le juge de l'Union devra au préalable identifier quels dépens peuvent être réclamés. Les règlements de procédure des trois juridictions prévoient que constituent des dépens récupérables les sommes dues aux témoins et aux experts, ainsi que les frais indispensables exposés par les parties aux fins de la procédure, notamment les frais de déplacement et de séjour et la rémunération d'un agent, conseil ou avocat⁵³. Comme nous le verrons ci-après, la jurisprudence étudiée a étoffé la notion de frais indispensables aux fins de la procédure.

En matière de marques, une disposition spécifique du règlement de procédure du Tribunal (article 136, paragraphe 2, du RPT) dispose que les frais indispensables exposés par les parties aux fins de la procédure devant la chambre des recours de l'OHMI sont considérés comme dépens récupérables. Le Tribunal a pu préciser que, en revanche, il n'en va pas de même pour les frais exposés aux fins de la procédure devant la division d'opposition. Dès lors, une partie ayant obtenu gain de cause ne pourra réclamer à l'OHMI les dépens qu'elle aura exposés devant la division d'opposition⁵⁴.

Les juridictions de l'Union ont notamment été amenées à affiner leur jurisprudence sur les questions relatives aux honoraires d'avocat (1), aux frais de déplacement (2), aux frais de traduction (3), aux frais exposés par une institution pour se défendre, et en particulier, aux frais liés au recours à un avocat externe à l'institution (4), ainsi qu'aux frais exposés spécifiquement dans le cadre de la procédure de taxation des dépens (5).

⁵¹ T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 29.

⁵² Trib., 14 janvier 2013, *BASF Schweiz and BASF Lampertheim/Commission*, T-25/10 DEP, non publiée au *Rec.*, point 27.

⁵³ Article 144 du RPC, art. 91 RPT et art. 91 RP TFP. Remarquons que le RP TFP utilise le terme général « représentant », au lieu de se référer aux agents, conseils et avocats.

⁵⁴ Trib., 11 juillet 2013, *Aventis Pharmaceuticals Inc./OHMI*, T-142/12, non encore publié au *Rec.*, point 59. L'opposition est une procédure qui se déroule devant l'OHMI lorsqu'un tiers demande à l'Office de rejeter une demande de marque communautaire. La décision de la division d'opposition peut faire l'objet d'un recours par l'une ou l'autre des parties. Le recours est porté devant les chambres de recours de l'OHMI.

1. *Les honoraires d'avocat*

Les honoraires d'avocat auquel une partie recourt pour se défendre peuvent bien entendu être récupérés, comme le prévoient explicitement les règlements de procédure des trois juridictions, ces frais entrant indubitablement dans la notion de frais indispensables aux fins de la procédure. En principe, la rémunération d'un seul avocat est recouvrable à moins que, en fonction des caractéristiques de l'affaire, au premier rang desquels figure sa complexité, l'intervention de plusieurs avocats ne s'avère indispensable⁵⁵. Certes, une partie reste libre de désigner plusieurs conseils pour la défendre, mais les juridictions de l'Union auront égard au nombre d'heures objectivement indispensables aux fins de la procédure contentieuse, et ne retiendront que les heures de travail nécessaires à cette fin⁵⁶. Par exemple, le fait que l'avocat n'ait dû examiner qu'un seul moyen, ou le fait que l'avocat ait déjà une bonne connaissance de l'affaire, au niveau du pourvoi devant la Cour, en raison de son intervention préalable devant le Tribunal dans cette même affaire, militeront en faveur d'une approche stricte du nombre d'heures nécessaires aux fins de la procédure contentieuse⁵⁷.

Le fait qu'une partie, défendue par un avocat, ait elle-même effectué des recherches jurisprudentielles, facilitant le travail de son avocat, n'est pas pris en compte pour diminuer le nombre d'heures de travail. En effet, l'avocat est tenu de connaître la jurisprudence publiée applicable au litige, et il ne peut se reposer sur les recherches de son client. En outre, si une juridiction de l'Union annule une décision d'une institution sans examiner l'ensemble des moyens soulevés dans le recours, cette circonstance n'est pas de nature à justifier une réduction des dépens dès lors qu'un avocat ne saurait prédire quel poids la juridiction attachera à un moyen, sauf si ce dernier est manifestement oiseux ou sans valeur⁵⁸.

⁵⁵ C.J., 12 septembre 2012, *Klosterbrauerei Weissenhohe GmbH & Co. KG/Giampietro Torresan*, C-5/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 24, C.J., 4 juillet 2013, *Kronofrance SA/République fédérale d'Allemagne et autres*, C-75/05 P-DEP et C-80/05 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 39, et C.J., 16 mai 2013, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, C-208/11 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 31. Pour une affaire où pas moins de 19 avocats sont intervenus, voy. C.J., 1^{er} octobre 2013, *Elf Aquitaine SA/Commission*, C-521/09 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 23.

⁵⁶ C.J., 16 mai 2013, *Deoleo/Aceites del Sur-Coosur*, C-498/07 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 28 ; Trib., 23 mars 2012, *Kerstens/Commission*, T-498/09 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 37, où le Tribunal refuse de prendre en compte les heures de travail d'un avocat nécessaires à la prise de connaissance du dossier, cet avocat ayant été désigné par la Commission notamment à la suite du départ des deux agents en charge du dossier – le Tribunal prend en compte les heures objectivement indispensables à la représentation de la Commission devant les juridictions.

⁵⁷ C.J., 16 mai 2013, *Deoleo/Aceites del Sur-Coosur*, C-498/07 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 29.

⁵⁸ T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 31 ; C.E.D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 6 novembre 1980, série A n° 38, § 28.

Le tarif horaire pratiqué doit être raisonnable. Il ne saurait en tout cas être apprécié par référence au tarif horaire moyen pratiqué par un avocat inscrit au même barreau que l'avocat dont les frais sont réclamés, car cette solution aurait pour effet d'inciter les requérants à choisir des avocats inscrits à ce barreau, ce qui serait susceptible de porter atteinte à la libre prestation des services⁵⁹. De même, le juge de l'Union n'est pas tenu de prendre en compte un tarif national fixant les honoraires des avocats⁶⁰. De manière générale, le Tribunal a pu estimer qu'un taux horaire situé entre 250 et 300 euros ne pouvait être considéré approprié que pour rémunérer les services d'un professionnel particulièrement expérimenté, capable de travailler de façon efficace et rapide⁶¹. Il a donc logiquement considéré comme excessif un taux horaire de 600 GPB⁶². Notons également que si des taux horaires élevés sont acceptés par les juridictions de l'Union, celles-ci évalueront plus strictement le nombre d'heures nécessaires aux fins de la procédure contentieuse, dès lors que des taux horaires élevés rémunèrent des professionnels capables de travailler de façon efficace et rapide⁶³. Le recours à des avocats pratiquant un tarif horaire élevé peut se justifier en raison des questions juridiques particulièrement difficiles soulevées par le litige, ou si ce dernier revêt pour la partie une importance particulière⁶⁴.

La possibilité pour le juge de l'Union d'apprécier la valeur du travail effectué par un avocat dépendra de la précision des informations fournies⁶⁵. L'indication du taux horaires, le nombre d'heures travaillées ainsi que la description détaillée des prestations effectuées seront donc exigées. Si les prestations des avocats doivent être suffisamment détaillées, encore faut-il que la facture soit clairement identifiable, et mentionne par exemple l'auteur, ou comporte une en-tête, une signature ou un cachet officiel⁶⁶. Toutefois, en cas de frais peu importants, et jugés nécessaires et non excessifs, il n'est pas forcément indispensable de produire

⁵⁹ T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 22.

⁶⁰ C.J., 16 mai 2013, *Deoleo/Aceites del Sur-Coosur*, C-498/07 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 31, et la jurisprudence citée.

⁶¹ Trib., 20 novembre 2012, *Al Shanfari/Conseil et Commission*, T-121/09 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 40.

⁶² *Ibid.*, points 38 et 40.

⁶³ Trib., 6 mars 2013, *Viaguara/OHMI - Pfizer (VIAGUARA)*, T-332/10 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 21.

⁶⁴ T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 22.

⁶⁵ C.J., 12 septembre 2012, *Klosterbrauerei Weissenho GmbH & Co. KG/Giampietro Torresan*, C-5/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 20 ; Trib., 6 mars 2013, *Viaguara/OHMI - Pfizer (VIAGUARA)*, T-332/10 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 16.

⁶⁶ C.J., 28 février 2013, *Comunidad Autónoma de La Rioja/ Diputación Foral de Vizcaya e.a.*, C-465/09 P DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 27.

les pièces justificatives⁶⁷. Des tâches administratives, telles que la constitution des annexes, l'envoi de pièces de procédure, si elles sont certes nécessaires, ne peuvent toutefois être comptabilisées au tarif horaire d'un avocat⁶⁸.

Les frais engagés pour l'accomplissement de certains actes posés par l'avocat ne pourront néanmoins pas faire l'objet d'une récupération. Les juridictions de l'Union tendent en effet à interpréter de manière assez stricte la notion de frais « indispensables aux fins de la procédure ». Ainsi, la Cour a dû exclure des dépens récupérables les honoraires d'avocat se rapportant à une période postérieure à la procédure orale, exposés pour examiner les conclusions de l'avocat général et pour en discuter avec le client⁶⁹. De même, les frais de coordination du travail de différents conseils ne sont pas considérés comme des frais indispensables à prendre en compte pour calculer le montant des dépens récupérables⁷⁰. Le Tribunal a également exclu des frais récupérables les frais engendrés par des entretiens et des consultations menées par les avocats avec divers organismes et spécialistes, à moins que la partie réclamant les dépens ne puisse prouver que ces actions étaient objectivement indispensables aux fins de la procédure contentieuse (mais même dans ce cas, le Tribunal exclut de retenir le taux horaire normalement demandé par l'avocat). Le Tribunal a tenu le même raisonnement concernant les consultations entreprises avec un autre avocat de la partie réclamant les dépens, avocat qui n'intervenait toutefois pas dans la procédure à l'origine de la demande de dépens⁷¹. Le Tribunal exclut aussi les frais d'avocats qui se rapportent à des périodes au cours desquelles aucun acte de procédure n'a été signalé, ainsi que ceux se rapportant à une période postérieure à la procédure devant le Tribunal⁷². Sont aussi exclus les frais de photocopies autres que celles spécifiquement requises par le Tribunal, les frais de communication entre deux avocats d'une même partie, et, plus surprenant, les frais liés au temps nécessaire pour l'analyse de la jurisprudence ou la lecture d'articles⁷³.

⁶⁷ T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 36. Il s'agissait d'un montant de 100,05 euros pour frais de télécommunication et envois postaux. Le TFP a estimé que ces frais, ajoutés aux autres frais administratifs, ne dépassaient pas 5 % des honoraires récupérables, et étaient donc justifiés.

⁶⁸ *Ibid.*, point 25

⁶⁹ C.J., 4 juillet 2013, *Kronofrance SA/République fédérale d'Allemagne et autres*, C-75/05 P-DEP et C-80/05 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 44.

⁷⁰ Trib., 20 novembre 2012, *Al Shanfari/Conseil et Commission*, T-121/09 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 30.

⁷¹ *Ibid.*, point 32.

⁷² *Ibid.*, point 33 ; Trib., 13 juin 2012, *Trioplast Industrier/Commission*, T-40/06 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 52.

⁷³ Trib., 20 novembre 2012, *Al Shanfari/Conseil et Commission*, T-121/09 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 43.

2. *Les frais de déplacement*

Les règlements de procédure des trois juridictions mentionnent aussi expressément que les frais de déplacement et de séjour constituent des dépens récupérables. Ils doivent en tout état de cause faire l'objet de justificatifs précis. En principe, à l'instar des honoraires, seuls les frais exposés par un seul agent, conseil ou avocat sont recouvrables⁷⁴.

Les frais de déplacement de l'avocat pour se rendre de son cabinet à l'audience à Luxembourg peuvent faire l'objet d'un remboursement⁷⁵. Il n'est pas exclu non plus que, si au moment où une juridiction fixe la date de l'audience, l'avocat a déjà pris des engagements professionnels dans une ville autre que celle du siège de son cabinet, les frais de déplacement à partir de cette autre ville pour se rendre à Luxembourg puissent aussi être pris en compte ; la profession d'avocat bénéficie en effet du droit à la libre prestation de services à l'intérieur de l'Union⁷⁶. Si l'avocat utilise sa voiture, le Tribunal de la fonction publique a jugé qu'il est difficile de déterminer le coût qu'occasionne pour lui un déplacement puisque cela suppose de tenir compte de la consommation d'essence et de l'amortissement du véhicule ; dans ce cas, cette juridiction a retenu comme référence le prix moyen d'un billet de chemin de fer en première classe⁷⁷.

Une partie pourra également réclamer les frais exposés par son avocat correspondant aux heures travaillées dans les transports, même si le tarif facturé ne peut être équivalent au tarif normalement pratiqué⁷⁸.

3. *Les frais de traduction*

Dans quelle mesure les frais de traduction de divers documents sont-ils susceptibles d'être remboursés à la partie gagnante ? De manière générale, si la langue de procédure n'a pas été contestée, la Cour refusera de retenir les frais de traduction engagés par une des parties comme dépens récupérables⁷⁹.

À l'inverse, les frais afférents à la traduction de documents indispensables aux fins de la procédure pourront être récupérés. Ainsi, la traduction des mémoires

⁷⁴ C.J., 16 mai 2013, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, C-208/11 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 30.

⁷⁵ T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *RecFP*, point 35, et la jurisprudence citée.

⁷⁶ T.F.P., 26 avril 2010, *Schönberger/Parlement*, F-7/08 DEP, non encore publiée au *RecFP*, point 37.

⁷⁷ T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *RecFP*, point 35.

⁷⁸ *Ibid.*, point 36. En l'espèce, l'avocat avait facturé un taux horaire de 95 euros pour les heures travaillées dans un train, au lieu du tarif horaire normal de 190 euros, ce qui a été accepté par le Tribunal.

⁷⁹ C.J., 12 septembre 2012, *Klosterbrauerei Weissenhohe GmbH & Co. KG/Giampietro Torresan*, C-5/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 29.

induit des frais indispensables, au contraire de la traduction de lettres adressées au greffe. Autres documents non indispensables : le mandat conféré à un conseil par la partie, la preuve que ce mandat est régulièrement établi, les certificats d'inscription au barreau des représentants désignés ainsi que la preuve de l'existence juridique d'une partie ; seuls les documents invoqués à l'appui de l'acte de procédure doivent être annexés à ce dernier. Les annexes ont pour fonction d'étayer l'argumentation présentée dans les mémoires et d'en illustrer le contenu. En revanche, les pièces requises par l'article 44, paragraphes 3 et 5, du RPT n'ont pas de fonction illustrative, mais permettent de s'assurer de la recevabilité de l'acte⁸⁰.

Les frais de traduction de certains actes ne pourront pas non plus être récupérés. Il en va ainsi lorsqu'une partie dispose de ressources suffisantes pour comprendre ces actes sans recourir à leur traduction (ex : un cabinet d'avocats disposant de sièges établis dans divers pays de l'UE, notamment dans le pays dont la langue correspond à la langue de procédure⁸¹).

4. *Les frais exposés par une institution, un organe ou un organisme de l'Union*

Lorsqu'une institution, un organe ou un organisme de l'UE (le terme « institution » est utilisé dans la présente section pour viser ces trois entités) se fait représenter en justice par un de ses fonctionnaires, tous les frais afférents à l'activité de ce fonctionnaire dans un litige donné ne peuvent faire l'objet d'un remboursement⁸². Ainsi en va-t-il de la rémunération des fonctionnaires ; une institution gagnante ne pourrait demander à la partie qui a succombé le remboursement de la rémunération des heures que le fonctionnaire a consacrées à l'affaire. En effet, le travail de ce fonctionnaire trouve sa contrepartie dans la rémunération qui lui est versée, et ce travail comprend notamment la représentation de l'institution devant les juridictions de l'Union. Celles-ci ont ainsi, depuis longtemps, distingué entre les frais détachables de l'activité interne d'une institution et ceux qui ne le sont pas, et ont jugé que seuls les premiers entrent dans la notion de frais indispensables exposés aux fins de la procédure⁸³.

⁸⁰ Trib. 6 mars 2013, *Viaguara/OHMI - Pfizer (VIAGUARA)*, T-332/10 DEP, non encore publiée au *Rec.*, points 54 à 56.

⁸¹ *Ibid.*, point 59. La langue de procédure était le polonais, le bureau d'avocats ayant une branche d'activités en Pologne.

⁸² T.F.P., 19 mars 2013, *Infante Garcia-Consuegra / Commission*, F-12/10 DEP, non encore publié au *RecFP*, point 26, et la jurisprudence citée, et Trib., 23 mars 2012, *Kerstens/Commission*, T-266/08 P-DEP, non publiée au *Rec.*, point 19.

⁸³ T.F.P., 12 décembre 2012, *Kerstens/Commission*, F-12/10 DEP, non encore publiée au *RecFP*, point 25.

Les frais détachables sont en général les frais de déplacement, les frais de séjour, les indemnités journalières (ce qu'on pourrait appeler les « frais de mission »), et même les frais de l'agence de voyages chargée de gérer les déplacements des fonctionnaires. En tout état de cause, les frais détachables ne peuvent avoir un caractère forfaitaire, car cela permettrait à l'institution d'y englober des frais internes, comme des frais de secrétariat ou des frais administratifs, qui ne peuvent être récupérés au titre de dépens⁸⁴. Certes, chaque institution dispose d'un budget spécifique pour couvrir les frais de telles missions. Toutefois, si la partie opposée à l'institution est condamnée aux dépens, les frais exposés doivent être reversés à ce budget ; l'institution est donc obligée d'en demander le remboursement⁸⁵. Ces frais doivent cependant, selon une jurisprudence constante, être indispensables. Ainsi, il a été jugé qu'un agent d'une institution pouvait légitimement loger la nuit dans un hôtel à Luxembourg, en vue de l'audience du lendemain, et que ces frais pouvaient être récupérés. En effet, la juridiction avait pris acte du guide des missions de la Commission, qui interdisait d'obliger le chargé de mission à un départ du lieu d'affectation (en l'occurrence Bruxelles) avant 7h00 en cas de voyage en train. Or, l'audience étant programmée à 9h30, il eut été impossible de rallier Luxembourg en partant de Bruxelles à 7h00. Et quand bien même l'agent eût pris un train avant 7h00, les heures d'arrivées étaient trop proches de l'heure de l'audience, ce qui présentait des risques en cas de retard du train⁸⁶.

Une institution peut également opter pour une représentation devant les juridictions de l'Union par l'entremise d'un avocat externe. En vertu de l'article 19 du statut de la Cour, les institutions de l'Union sont représentées devant le juge de l'Union par un agent nommé pour chaque affaire, l'agent pouvant être assisté d'un conseil ou d'un avocat⁸⁷. Les institutions sont, en ce qui concerne la façon dont elles entendent se faire représenter ou assister devant la Cour, libres de décider de recourir à l'assistance d'un avocat ou de désigner comme agent soit un de leurs fonctionnaires, soit une personne qui ne fait pas partie de leur personnel⁸⁸, sans que l'institution soit tenue de démontrer qu'une telle assistance était objectivement justifiée⁸⁹. Dès lors, la rémunération de l'avocat entre dans la notion de frais indispensables. La jurisprudence a souligné en

⁸⁴ *Ibid.*, point 27.

⁸⁵ *Ibid.*, point 29.

⁸⁶ *Ibid.*, points 36 et 37.

⁸⁷ Le terme institution employé à l'article 19 du statut recouvre aussi les autres organes et organismes de l'Union (T.F.P., 27 septembre 2011, *De Nicola/BEI*, F-55/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 26).

⁸⁸ C.J., 16 mai 2013, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, C-208/11 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point C-208/11 P-DEP, point 6.

⁸⁹ Trib., 9 juillet 2013, *Marcuccio/Commission*, T-46/08 P-DEP, point 13.

effet que l'obligation pour une institution de prouver une nécessité objective de recourir aux services d'un avocat constituerait une limitation indirecte de la liberté garantie par l'article 19, premier alinéa, du statut de la Cour et impliquerait pour le juge de l'Union le devoir de substituer son appréciation à celle des institutions et organes responsables de l'organisation de leurs services⁹⁰.

Pendant, la liberté de chaque institution de recourir aux services d'un avocat a été quelque peu tempérée en matière de contentieux de la fonction publique européenne, par une ordonnance du Tribunal de la fonction publique du 27 septembre 2011. Dans cette affaire, cette juridiction a posé comme principe que, dans les litiges opposants les institutions à leurs agents, celles-ci rapportent au préalable la preuve du caractère nécessaire du recours à un avocat⁹¹. En effet, ainsi qu'il a déjà été relevé, depuis quelques années, la règle générale de répartition des dépens s'applique dans ce type de contentieux. Dès lors, un fonctionnaire perdant pourrait devoir supporter les dépens de l'institution à laquelle il est opposé ; dans ce cas, les dépens seront sensiblement plus élevés lorsque ladite institution a choisi de se faire représenter par un avocat.

Le Tribunal de la fonction publique a ainsi isolé des cas qui justifieraient le recours à un avocat externe. Par exemple, des raisons conjoncturelles et passagères, liées notamment à une surcharge ponctuelle de travail ou des absences imprévues du personnel du service juridique, ou encore un nombre important de recours introduits par un même requérant, peuvent être de nature à justifier le recours à l'assistance d'un avocat externe⁹². Le recours à un avocat peut être rendu nécessaire en raison du nombre élevé de recours introduits par une même personne⁹³. De même, il peut être nécessaire de recourir aux services d'un avocat externe en raison d'un manque de personnel spécialisé dans un domaine particulier du droit⁹⁴. Ainsi, il nous semble que des considérations objectives peuvent justifier le recours à un avocat externe, les frais supplémentaires ainsi induits étant à charge du fonctionnaire ayant succombé. En revanche, des considérations subjectives, liées à la personne même du fonctionnaire requérant, ne devraient pas permettre le recours à un avocat externe. S'il est impossible pour l'institution de se passer d'un tel avocat, ce qu'il lui appartiendrait de démontrer, le Tribunal de la fonction publique devrait alors faire usage de la clause de l'équité et laisser à charge de ladite institution les honoraires de

⁹⁰ *Ibid.*, point 14.

⁹¹ T.F.P., 27 septembre 2011, *De Nicola/BEI*, F-55/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 40.

⁹² *Ibid.*, point 38.

⁹³ P. ex., 111 recours portés devant les trois juridictions de l'Union (C.J., 28 février 2013, *Commission/Marcuccio*, C-528/08 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 30).

⁹⁴ C.J., 13 décembre 2012, *EMSA/Evropaïki Dynamiki*, C-252/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 20.

l'avocat. Ce serait par exemple le cas d'un fonctionnaire qui choisit une langue de procédure « inhabituelle » ; autoriser le recours à un avocat externe, dont les honoraires peuvent *in fine* être mis à charge d'un fonctionnaire, au motif que la langue maternelle du fonctionnaire requérant est peu fréquente, serait de nature à créer une discrimination entre fonctionnaires en fonction de leur langue, et donc, en fonction de leur nationalité.

Admettre dans tous les cas de figure que les honoraires d'avocats engagés par une institution sont des frais indispensables risquerait d'aboutir à une méconnaissance du principe d'égalité de traitement dans l'hypothèse où deux fonctionnaires appartenant à la même institution introduiraient chacun un recours contre celle-ci et où cette institution déciderait, pour le premier de ces recours, de se faire assister par un avocat, et pour le second, de ne pas faire appel à un avocat. Si ces fonctionnaires étaient condamnés aux dépens, le montant serait sensiblement plus élevé pour le premier que pour le second. Compte tenu du montant important des dépens que peut impliquer le recours à un avocat externe à l'institution, un fonctionnaire pourrait être dissuadé d'introduire un recours contentieux. Ce faisant, c'est l'effectivité du droit au recours des fonctionnaires et agents de l'Union qui pourrait être mise en péril, en méconnaissance, ainsi, du principe de protection juridictionnelle effective dégagée par la jurisprudence et consacré par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁵. Par conséquent, la jurisprudence *De Nicola* impose à l'institution de prouver que les honoraires d'un avocat externe constituent des frais indispensables aux fins de la procédure pour pouvoir en obtenir le remboursement.

Le principe dégagé par la jurisprudence *De Nicola* ne s'applique toutefois pas aux experts nationaux détachés auprès des institutions, la qualité d'expert national détaché n'étant pas assimilable à celle d'agent⁹⁶. Cette exclusion fait toutefois naître à son tour une discrimination entre les experts nationaux détachés et les agents, dès lors que ces deux catégories de personnel, quoiqu'occupant une position administrative différente, sont au service du même employeur.

Si seul l'agent désigné par l'institution signe l'acte de procédure, cette circonstance ne peut remettre en question la réalité des frais exposés par l'avocat pour rédiger cet acte. En effet, l'article 19, premier alinéa, du statut de la Cour prévoit que l'original de tout acte de procédure doit être signé par un représentant autorisé, l'agent ou l'avocat de la partie. Dès lors que l'acte comporte la signature de l'agent, celle de l'avocat est une formalité facultative⁹⁷.

⁹⁵ T.F.P., 27 septembre 2011, *De Nicola/BEI*, F-55/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, points 31 et 36.

⁹⁶ Trib., 27 novembre 2012, *Gualtieri/Commission*, T-413/06 P-DEP, non publiée au *Rec.*, points 44 (et la jurisprudence citée) et 45.

⁹⁷ *Ibid.*, T-413/06 P-DEP, point 35.

5. *Les frais induits par la procédure de taxation des dépens*

La procédure de taxation des dépens générera à son tour des frais. Ceux-ci seront pris en compte dans l'ordonnance de taxation des dépens, et y seront donc directement quantifiés. En effet, si le juge de l'Union n'agissait pas de la sorte, les frais exposés au cours de la procédure de taxation des dépens pourraient alors eux aussi faire l'objet d'une nouvelle procédure de taxation des dépens⁹⁸.

Au cours de la période examinée, les juridictions ont diminué généreusement les frais pouvant être réclamés au titre de la procédure de dépens, diminution justifiée en raison du caractère plutôt standardisé de la procédure. Les montants fixés sont ainsi assez faibles : des montants de 800 euros, 500 euros, 380 euros, 200 euros et 150 euros⁹⁹ ont été fixés par les juridictions de l'Union au titre de frais spécifiquement engagés dans le cadre de la procédure de taxation des dépens.

Conclusion

La période de jurisprudence examinée s'inscrit incontestablement dans la lignée de la jurisprudence antérieure, et consolide celle-ci.

Toutefois, les dépens liés au contentieux de la fonction publique sont singularisés par la jurisprudence *De Nicola*. Contrepoids à l'extension aux fonctionnaires de l'Union de la règle de droit commun d'allocation des dépens, cette jurisprudence en appelle une autre : les possibilités de recours à un avocat externe et la mise à charge subséquente de ses honoraires sur le fonctionnaire ayant succombé devront être soigneusement identifiés par la jurisprudence, sécurité juridique oblige. La mesure dans laquelle la clause de l'équité pourrait aussi entrer en jeu, lorsque le recours à un avocat externe est inévitable, en raison de facteurs spécifiques à la personne du fonctionnaire requérant, gagnerait aussi à être précisée par la jurisprudence à venir.

⁹⁸ T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 40.

⁹⁹ Respectivement C.J., 13 décembre 2012, *EMSA/Evropaiki Dynamiki*, C-252/10 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*, point 25, T.F.P., 27 septembre 2011, *De Nicola/BEI*, F-55/08 DEP, non encore publiée au *RecFP*, point 56, T.F.P., 22 mars 2012, *Brune/Commission*, F-5/08 DEP, non encore publiée au *RecFP*, point 42, T.F.P., 27 juin 2013, *Marcuccio/Commission*, F-91/09 DEP, non publiée au *RecFP*, point 49, et C.J., 12 octobre 2012, *Zafra Marroquinos, SL/Calvin Klein Trademark Trust*, C-254/09 P-DEP, non encore publiée au *Rec.*

CHAPITRE 1. L'ARTICLE 263, ALINÉA 4, DU TRAITÉ FUE : UNE MODIFICATION DES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DU RECOURS EN ANNULATION SANS (VÉRITABLES) CONSÉQUENCES

Jonathan WILDEMEERSCH¹

Introduction

« La jurisprudence relative à la qualité à agir de particuliers devant la Cour (maintenant devant le Tribunal) a, au cours des années, donné lieu à bon nombre de commentaires, dont la plupart étaient très critiques. Il ne peut être nié que la recevabilité limitée des recours formés par des particuliers est largement considérée comme un des aspects les moins satisfaisants de l'ordre juridique communautaire. Ce n'est pas simplement la restriction quant à l'accès aux juridictions qui est critiquée ; mais également la complexité et l'apparente incohérence qui ont résulté des tentatives de la Cour d'admettre des actions lorsque l'approche traditionnelle aurait mené à un "dénier de justice" manifeste. [...] Il est certainement indiscutable que l'accès à la Cour est l'un des domaines qui, plus que tout autre, exige que le droit soit clair, cohérent et aisément compréhensible ».

Ces mots sont ceux utilisés par l'avocat général Jacobs dans l'affaire C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*². Plus de dix années plus tard, et malgré la modification du quatrième alinéa de l'article 230 CE (devenu l'article 263, quatrième alinéa, TFUE), ils sont toujours d'actualité : rien ne semble avoir véritablement changé dans les conditions de recevabilité du recours en annulation pour le particulier. Tel est en effet le constat qui peut être posé après les arrêts rendus par la Cour, le 3 octobre 2013, dans l'affaire *Inuit*³ et le 19 décembre 2013, dans l'affaire *Telefónica c. Commission*⁴.

¹ Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne et Maître de conférences à l'ULg. L'auteur s'exprime à titre purement personnel, ses propos n'engagent en aucun cas les institutions auxquelles il appartient. Il peut être contacté à l'adresse jwildemeersch@ulg.ac.be.

² Conclusions présentées le 21 mars 2002, dans l'affaire C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, point 100.

³ C-583/11 P, non encore publié au *Rec.*

⁴ C-274/12 P, non encore publié au *Rec.*

Entre deux thèses, la Cour a choisi l'interprétation restrictive de la notion d'acte réglementaire, élément central de la modification de l'article 263 TFUE et condition nécessaire (mais non suffisante) de l'accès du particulier au prétoire européen dans le cadre de la nouvelle voie d'action ainsi ouverte. Elle a également décidé d'interpréter l'absence de mesure d'exécution dans un sens différent, et donc restrictif, de l'affectation directe.

Toutefois, avant d'examiner en détail les conditions de recevabilité du recours en annulation relatives à la nouvelle catégorie d'actes attaquables par un particulier – un acte réglementaire, sans mesure d'exécution, qui concerne directement le requérant – à l'aune de la jurisprudence récente de la Cour et du Tribunal (point III), il n'est pas inutile de rappeler les conditions du recours en annulation telles qu'elles étaient prévues à l'origine par le traité CE (point I) et la tentative de modification jurisprudentielle de l'avocat général Jacobs et du Tribunal au début des années 2000 (point II).

I. – Recevabilité du recours en annulation sous l'article 230, quatrième alinéa, CE

L'article 230, quatrième alinéa, CE était ainsi rédigé : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement ».

Les conditions cumulatives imposées par cet article – une affectation directe et individuelle – vont rapidement être définies par la Cour de justice (point A) dans un sens qui suscitera un nombre important de critiques (point B).

A. Conditions cumulatives : une affectation directe et individuelle

Toute personne physique ou morale qui souhaitait attaquer un acte de portée générale ou une décision adressée à une autre personne devait donc démontrer, outre son intérêt à agir, son « affectation directe et individuelle »⁵.

⁵ Pour une analyse détaillée de ces conditions et de nombreux exemples jurisprudentiels, voy. K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS et R. BRAY (éditeur), *Procedural law of the European Union*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 255 à 273 ; M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH (avec la coll. de), *Contentieux européen*, 2^e éd., coll. de la Fac. de droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2014, n^{os} 210 à 215. Pour une synthèse de la jurisprudence relative à ces conditions, voy. A. VAN WAEYENBERGE et P. PECHO, « L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – Un pari sur l'avenir de la protection effective », *C.D.E.*, 2008, pp. 123 à 156, spéc. pp. 131 à 134 ; Ph. ICARD, « L'accès aux juges de l'Union européenne », in *L'accès aux juges, recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 712 et s., spéc. pp. 722 à 726.

La condition de l'affectation directe nécessite une relation directe entre l'acte et l'affectation de la situation juridique ou matérielle de l'individu : « il faut que l'acte soit de nature à affecter directement la situation du particulier, sans application d'autres règles intermédiaires »⁶.

Toutefois, la condition de l'affectation directe ne vise pas tant l'absence de mesure intermédiaire que l'absence de marge d'appréciation. En d'autres termes, pour empêcher l'affectation directe, la marge d'appréciation de l'auteur de l'acte intermédiaire, qui vise à mettre en œuvre l'acte de l'Union européenne, ne peut pas être purement formelle. Elle doit être la source de l'affectation de la situation juridique du requérant⁷.

Quant à la condition de l'affectation individuelle, la Cour de justice l'a définie, dès 1963, comme l'affectation des personnes, autres que les destinataires de l'acte juridique en cause, qui sont atteintes par la norme « en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou de situations de fait qui les caractérisent de manière analogue à celles du destinataire »⁸.

L'appréhension de cette condition se révèle plus complexe qu'il n'y paraît. Le fait pour un opérateur d'appartenir à un cercle fermé ne suffit par exemple pas, en tant que tel, pour être individuellement concerné au sens de l'article 230 CE (ou 263 TFUE aujourd'hui)⁹. Toutefois, il ne peut pas non plus être déduit du fait qu'une disposition ait, par sa nature et sa portée, un caractère général, en ce qu'elle s'applique à l'ensemble des opérateurs économiques intéressés, qu'elle ne concerne pas certains d'entre eux individuellement. Tel sera le cas « lorsqu'une décision affecte un groupe de personnes qui étaient identifiées ou identifiables au moment où cet acte a été pris et *en fonction de critères propres* aux membres de ce groupe [... ; en effet,] ces personnes peuvent être individuellement concernées par cet acte en tant qu'elles font partie d'un cercle restreint d'opérateurs économiques »¹⁰. Pour la Cour, « il peut en être notamment

⁶ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2011, p. 620.

⁷ Pour une illustration de cette règle, voy. parmi de nombreux arrêts, celui rendu par la Cour de justice le 17 septembre 2009 dans l'affaire *Commission c. Koninklijke FrieslandCampina* (C-519/07 P, *Rec.*, p. I-8495). Dans cette affaire, la Cour a considéré (comme le Tribunal avant elle) que l'entreprise qui avait introduit une demande d'agrément était directement concernée par la décision de la Commission, puisque « les autorités néerlandaises étaient tenues, sans disposer de la moindre marge d'appréciation, de rejeter toute demande de premier agrément CFA pendante, les entreprises n'ayant pas été bénéficiaires du régime CFA à la date de la décision du 11 juillet 2001 ne pouvant bénéficier du régime transitoire » (point 49).

⁸ C.J., 15 juillet 1963, *Plaumann*, 25/62, *Rec.*, p. 199.

⁹ Ph. ICARD, « L'accès aux juges de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 712 et s., spéc. p. 725 ; A. VAN WAEYENBERGE et P. PECHO, « L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – Un pari sur l'avenir de la protection effective », *op. cit.*, pp. 123 à 156, spéc. p. 132.

¹⁰ Nous soulignons, C.J., 23 avril 2009, *Sahlstedt e.a./Commission*, C-362/06 P, *Rec.*, p. I-2903, point 30. Voy. également, C.J., 22 juin 2006, *Belgique et Forum 187/Commission*, aff. jointes C-182/03 et C-217/03, *Rec.*, p. I-5479, point 60.

ainsi lorsque la décision modifie les droits acquis par le particulier antérieurement à son adoption »¹¹. À l'inverse, un requérant ne sera pas individuellement concerné « lorsqu'il est constant que [l'application d'une mesure à des sujets de droit dont le nombre ou l'identité peuvent être déterminés avec plus ou moins de précision] s'effectue *en fonction d'une situation objective* de droit ou de fait définie par l'acte en cause »¹².

Comme le synthétisait récemment l'avocat général Wathelet, « l'individualisation, au sens de l'article 263 TFUE, dépend de l'aspect personnalisable, ou au contraire objectif, du critère permettant de déterminer les membres du groupe »¹³.

Il convient par ailleurs de mentionner, à côté de cet exercice casuistique, deux catégories d'hypothèses dans lesquelles la condition d'être « individuellement concerné » est, en principe, rencontrée. Il s'agit, d'une part, des cas où la personne a été associée – ou aurait dû l'être – à l'élaboration de la norme attaquée, et ce en application de la base légale de ladite norme et, d'autre part, de la situation où l'acte attaqué viole un droit spécifique du requérant (principalement dans le domaine des aides d'État, de la concurrence ou des mesures anti-dumping)¹⁴.

B. Critiques doctrinales et réactions des juridictions de l'Union européenne

Face à une interprétation stricte et souvent incertaine des conditions de l'article 230, quatrième alinéa, CE, la doctrine s'est de plus en plus interrogée sur l'adéquation du système juridictionnel de l'Union européenne avec les standards démocratiques imposés par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁵ (principalement au regard des articles 6, § 1 – droit à un procès équitable, et 13 – droit à un recours effectif)¹⁶.

¹¹ C.J., 13 mars 2008, *Commission/Infront WM*, C-125/06 P, *Rec.*, p. I-1451, point 72.

¹² Nous soulignons, C.J., 13 mars 2008, *Commission/Infront WM*, C-125/06 P, *Rec.*, p. I-1451, point 31.

¹³ Conclusions présentées par l'avocat général Wathelet le 29 mai 2013 dans l'affaire *Stichting Woonpunt e.a./Commission* (aff. C-132/12 P, non encore publiées au *Rec.*, point 105).

¹⁴ Pour une synthèse, voy. Ph. ICARD, « L'accès aux juges de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 712 et s., spéc. pp. 730 à 733. Pour un exposé complet, voy. K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS et R. BRAY (éditeur), *Procedural law of the European Union*, *op. cit.*, pp. 255 à 273.

¹⁵ Ci-après la « Convention européenne des droits de l'homme » ou la « C.E.D.H. ».

¹⁶ Parmi de très nombreux articles consacrés à la question, voy. D. SIMON, « Droit au juge et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout », in *Mélanges Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1399 à 1419, spéc. p. 1404 et s. ; F. RAGOLLE, « Access to justice for private applicants in the Community legal order : recent (r)evolutions », *E.L.Rev.*, 2003, pp. 90 à 101. Pour Hubert

Le Tribunal (jusqu'à l'arrêt *Jégo-Quéré* du 3 mai 2007)¹⁷ et la Cour de justice se sont toutefois toujours montrés inflexibles. Comme l'explique Denys Simon, l'idée qui sous-tendait la jurisprudence des juridictions européennes était que « la protection juridictionnelle des particuliers est assurée en tout état de cause, soit par le recours direct en annulation devant la juridiction communautaire, quand les conditions de l'article 230 al. 4 CE sont réunies [...], soit selon une logique de complémentarité/subsidiarité dans la systématique des voies de droit, par un recours introduit devant le juge national contre les actes d'exécution, qui permet par voie d'exception et grâce au renvoi préjudiciel en appréciation de validité, le déclenchement indirect par le justiciable du contrôle de légalité de l'acte communautaire »¹⁸. À ces possibilités s'ajoute encore l'éventualité d'un dédommagement du préjudice subi¹⁹.

II. – Les affaires *Jégo-Quéré*²⁰ et *Unión de pequeños agricultores*²¹

Face à ces critiques, l'avocat général Jacobs et le Tribunal de l'Union européenne vont chacun, au cours de l'année 2002, proposer une nouvelle lecture de l'article 230, quatrième alinéa, CE afin d'augmenter les possibilités pour le requérant individuel d'agir en annulation devant les juridictions européennes. Ces tentatives se heurteront toutefois au refus de la Cour de justice²².

Legal en revanche, le problème n'est pas tant lié à l'équité qu'à l'efficacité du contrôle juridictionnel des institutions de l'Union européenne (H. LEGAL, « L'accès des particuliers au prétoire communautaire », in *Mélanges en l'honneur de l'avocat général Philippe Léger – Le droit à la mesure de l'homme* », Paris, Pedone, 2006, pp. 217 à 222, spéc. pp. 220 et 221).

¹⁷ Voy. développements *infra*. Trib., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré/Commission*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365.

¹⁸ D. SIMON, « Droit au juge et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout », *op. cit.*, pp. 1399 à 1419, spéc. p. 1407. Voy. également P. NIHOUL, « Le recours des particuliers contre les actes communautaires de portée générale », *J.D.E.*, 2003, pp. 38 à 43.

¹⁹ H. LEGAL, « L'accès des particuliers au prétoire communautaire », *op. cit.*, pp. 217 à 222, spéc. p. 221. Cette solution est toutefois considérée par certains comme inapte à apporter une solution satisfaisante, vu les conditions restrictives imposées par la Cour de justice en matière de responsabilité extracontractuelle. En ce sens, Fr. SCHMIED, « L'accès des particuliers au juge de la légalité – L'apport de l'arrêt *Unibet* », *J.D.E.*, 2007, pp. 166 à 170, spéc. n° 31.

²⁰ Trib., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré c. Commission*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365.

²¹ C.J., 25 juillet 2002, *Unión de pequeños agricultores*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677.

²² Sur le « dialogue » entre l'avocat Jacobs et la Cour de justice et ses conséquences sur la question du recours en annulation, voy. L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 236 et s., spéc. pp. 241 à 249.

A. Les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Unión de pequeños agricultores

Le droit d'agir en annulation du particulier était au cœur de l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores*. Dans son ordonnance, le Tribunal avait estimé que la requérante ne saurait être considérée comme individuellement concernée au sens de l'article 230 CE²³. Un pourvoi ayant été introduit à l'encontre de la décision du Tribunal, l'avocat général Jacobs s'est longuement interrogé, dans ses conclusions présentées le 21 mars 2002, sur l'effectivité de la protection juridictionnelle effective du particulier²⁴.

Au terme de son analyse, il avait adopté un raisonnement particulièrement favorable aux particuliers en soutenant qu'un requérant était individuellement concerné par une mesure d'application générale lorsque « en raison de la situation dans laquelle [il] se trouve, la mesure nuit, ou est susceptible de nuire à ses intérêts de manière substantielle »²⁵.

B. L'affaire Jégo-Quéré

Dans l'affaire *Jégo-Quéré*, les requérants soutenaient devant le Tribunal que, si leur recours était déclaré irrecevable, ils n'auraient pas d'autre possibilité de contester le règlement litigieux. Il leur serait dès lors impossible de remettre en cause la légalité des dispositions, aucune mesure nationale d'exécution n'étant nécessaire.

Au terme de son analyse des voies de recours envisageables (et inexistantes en l'espèce), le Tribunal est arrivé à la conclusion qu'il ne pouvait pas déclarer comme recevable un recours en annulation introduit par un particulier qui ne remplissait pas les conditions cumulatives de l'article 230 CE (aujourd'hui 263 TFUE). La seule solution satisfaisante imposait de reconsidérer la jurisprudence constante antérieure tout en respectant la notion de l'affectation individuelle²⁶. Inspiré par les conclusions présentées quelques mois plus tôt par l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores*, le

²³ Trib., ordonnance du 23 novembre 1999, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, T-173/98, *Rec.*, p. II-3357.

²⁴ Voy. développements *infra*, III. B. 5. La différence entre une effectivité théorique et une effectivité pratique (ou réelle).

²⁵ Conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 21 mars 2002 dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, point 60.

²⁶ En ce sens, P. GILLIAUX, « L'arrêt *Unión de pequeños agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *C.D.E.*, 2003, pp. 177 à 202, spéc. p. 179 ; F. RAGOLLE, « Access to justice for private applicants in the Community legal order : recent (r)evolutions », *E.L.Rev.*, 2003, pp. 90 à 101, spéc. pp. 95 et 96.

Tribunal a dès lors estimé qu'un particulier devait être considéré comme individuellement concerné par une mesure d'application générale si elle affectait « d'une manière certaine et actuelle sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations »²⁷.

D. Simon relève néanmoins, de façon pertinente, que « la formulation du Tribunal est beaucoup plus stricte que celle de l'avocat général », puisque là où celui-ci se contente « d'une affectation *virtuelle et éventuelle* des intérêts du requérant », le Tribunal a exigé « une affectation "*certaine et actuelle*" des *droits ou obligations* de l'intéressé ». En outre, selon D. Simon, la thèse du Tribunal impliquait un assouplissement des conditions de recevabilité *a priori* uniquement lorsqu'il n'existait aucune voie de recours interne pertinente, et donc un déficit de protection juridictionnelle, tandis que l'avocat général Jacobs proposait, pour sa part, une appréhension nouvelle plus générale des conditions de recevabilité, indépendamment de l'existence ou non des voies de recours nationales adéquates²⁸.

C. *L'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire* *Unión de pequeños agricultores*

La Cour de justice a cependant coupé court à toute modification de sa jurisprudence. Pour la Cour, c'est aux États qu'il appartenait de se prononcer sur la question, soit en modifiant le traité pour élargir les conditions de recevabilité du recours en annulation introduit par les particuliers, soit en prévoyant, au sein de leur propre ordre juridique, « un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le droit à une protection juridictionnelle effective »²⁹.

²⁷ Trib., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré/Commission*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, point 51.

²⁸ D. SIMON, « "Droit au juge" et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout », *op. cit.*, pp. 1399 à 1419, note 16, p. 1412.

²⁹ C.J., 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, point 41. Le principe fut répété par la Cour dans l'arrêt qu'elle rendit 18 mois plus tard dans le cadre du pourvoi introduit à l'encontre de l'arrêt *Jégo-Quéré* du Tribunal (C.J., 1^{er} avril 2004, *Commission/Jégo-Quéré*, C-263/02 P, *Rec.*, p. I-3425, point 31). Plusieurs auteurs ont critiqué cette approche restrictive de la Cour. Pour Pascal Gilliaux notamment, en mettant à charge des États l'obligation de compléter les voies de recours sans toutefois préciser les contours de ceux-ci et avec une possibilité de sanction improbable, « l'effectivité de la règle ainsi dégagée par la Cour de justice est douteuse » (P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de pequeños agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *op. cit.*, pp. 177 à 202, spéc. p. 191). La Cour a cependant maintenu sa jurisprudence dans un arrêt du 22 mars 2007 (C.J., 22 mars 2007, *Regione Siciliana/Commission*, C-15/06 P, *Rec.*, p. I-2591). Dans cette affaire, la Cour de justice a refusé de voir dans sa position un déni de justice en renvoyant à nouveau la responsabilité de l'effectivité des voies de recours aux États (en vertu de l'article 10 CE – devenu l'art. 4, paragraphe 3, TFUE – qui consacre les principes de loyauté et de l'interprétation conforme) (point 39 de l'arrêt).

III. – Le traité de Lisbonne et le nouvel article 263, quatrième alinéa, TFUE

Les États n'ont pas été insensibles au renvoi du problème que la Cour de justice leur avait adressé. Profitant du projet de traité constitutionnel, la rédaction de l'article 230, quatrième alinéa, CE a été modifiée et une nouvelle catégorie d'actes susceptibles d'être attaqués en annulation par des particuliers a été ajoutée.

A. Une nouvelle catégorie d'actes attaquables par les particuliers

L'article 263, quatrième alinéa, TFUE stipule désormais que : « Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, *ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* »³⁰.

Le citoyen se voit donc reconnaître une nouvelle possibilité d'agir en annulation. Outre le droit d'attaquer un acte dont il est le destinataire ou qui le concerne directement et individuellement, il peut désormais agir contre les actes réglementaires qui le concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution.

La simple lecture du texte permet de constater que cette nouvelle possibilité d'action ne nécessite pas la preuve d'une affectation individuelle, contrairement à celle de l'affectation directe qui est maintenue. Il apparaît également de son libellé qu'elle est réservée aux seuls « actes réglementaires qui ne comportent pas de mesure d'exécution ».

À cet égard, trois principales questions se posent.

Tout d'abord, la nécessité d'être directement concerné vise-t-elle la même réalité dans les deux hypothèses du quatrième alinéa de l'article 263 TFUE ? Ensuite, et surtout, que recouvrent la notion d'actes réglementaires et la

³⁰ Nous soulignons. Le Traité de Lisbonne a apporté d'autres modifications au recours en annulation, puisque le premier alinéa de l'article 263 TFUE permet désormais d'attaquer en annulation les actes du Conseil européen – ce qui est somme toute logique, puisqu'il a acquis le statut d'institution de l'Union européenne – et les actes des organes ou organismes de l'Union qui produisent des effets juridiques à l'égard des tiers. Le troisième alinéa de l'article 263 TFUE autorise quant à lui le Comité des Régions à agir en annulation lorsque la sauvegarde de ses prérogatives est en jeu. Par ailleurs, en vertu de l'article 8 du Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, les Parlements nationaux – par l'intermédiaire de « leur » État membre – ont quant à eux la possibilité d'agir en annulation pour faire contrôler par la Cour de justice le respect du principe de subsidiarité lors de l'adoption d'un acte législatif.

condition liée à l'absence de mesure d'exécution, dans la mesure où le traité ne définit ni l'une ni l'autre ?

B. *Acte réglementaire*

D'emblée, la doctrine a vu dans cette lacune deux possibilités d'interprétation³¹. La première se réfère au texte originel de la modification, c'est-à-dire à l'article III-365 du traité établissant une constitution pour l'Europe, tandis que la seconde s'inspire davantage de sa *ratio legis*.

1. *Interprétation proche du traité constitutionnel*

Dans la logique constitutionnelle, les règlements étaient des actes d'exécution, par opposition aux lois et lois-cadres européennes qui étaient des actes législatifs. S'il est vrai que le traité de Lisbonne ne parle plus de lois ni de lois-cadres européennes et garde les anciennes appellations de règlements et de directives, il maintient toutefois la distinction entre actes législatifs et non-législatifs. Dans la ligne du traité constitutionnel, les actes réglementaires (vocabulaire employé par l'article III-365 dudit traité) pourraient donc se confondre avec les actes non-législatifs.

Cela signifie-t-il qu'il s'agirait uniquement d'actes d'exécution ?

Pour R. Barents, le fait que les amendements visant à retirer le mot « réglementaire » du quatrième alinéa de l'article 263 TFUE n'aient pas été acceptés plaide en faveur de cette interprétation et exclut les actes législatifs, c'est-à-dire les règlements et directives de base³². Selon cet auteur – qui ne semble pas partisan de l'analyse, qualifiant ses conséquences « d'absurdes »³³ – un acte « réglementaire » renverrait donc à la notion d'acte non-législatif, de portée générale, d'acte d'exécution des règlements, des directives et d'autres types de décisions générales par lesquels les actes de base du Conseil ou du Conseil et du Parlement sont appliqués.

³¹ K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *C.D.E.*, 2009, pp. 711 à 745, spéc. pp. 725 et s. ; R. BARENTS, « The Court of Justice after the Treaty of Lisbon », *C.M.L.Rev.*, 2010, pp. 709 et s., spéc. pp. 722 à 725 ; M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH (avec la coll. de), *Contentieux européen*, *op. cit.*, n° 217.

³² L'auteur parle de « basic regulation and basic directives ». R. BARENTS, « The Court of Justice after the Treaty of Lisbon », *op. cit.*, pp. 709 et s., spéc. p. 725.

³³ En effet, et nous souscrivons à cette critique : « In such cases legal protection of individuals becomes dependent on the form of the act in question, a result which totally contradicts the case law of the EU courts according to which only the contents of the act are decisive for the interpretation of the requirement of direct and individual concern ». R. BARENTS, « The Court of Justice after the Treaty of Lisbon », *op. cit.*, pp. 709 et s., spéc. p. 725.

Nous reconnaissons que l'identification des actes législatifs se révèle aisée. En effet, depuis le 1^{er} décembre 2009 et l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la solution découle de l'article 289, paragraphe 3 TFUE, selon lequel les actes législatifs sont « les actes juridiques adoptés par une procédure législative », qu'elle soit ordinaire (article 289, paragraphe 1) ou spéciale (article 289, paragraphe 2).

2. *Interprétation proche de la ratio legis*

D'autres auteurs s'attachent davantage à l'objectif qui était à l'origine de la modification de l'article 230 CE. Puisque celle-ci répondait à la volonté d'élargir les possibilités d'agir en annulation des particuliers, les termes « actes réglementaires » devraient signifier « actes à portée générale »³⁴. Selon cette interprétation, ce n'est pas tellement la nature (non) législative d'un acte qui détermine le droit des particuliers d'agir en annulation, mais le fait qu'un acte à portée générale ne requiert pas de mesures d'exécution.

Le mot « règlement » – dans le Traité de Nice comme dans le Traité de Lisbonne – se concilie d'ailleurs avec cette lecture. En effet, comme l'explique K. Lenaerts, « si dans la Constitution pour l'Europe la notion d'acte réglementaire pouvait aisément être comprise comme se référant au seul règlement, acte non législatif par nature, cette même clarté fait défaut dans le traité de Lisbonne où l'acte réglementaire paraît se référer à tout règlement, qu'il soit législatif ou non »³⁵.

Bien que particulièrement restrictive, c'est la première interprétation qui fut choisie par le Tribunal de l'Union européenne, et confirmée par la Cour de justice.

3. *L'affaire « Inuit », l'ordonnance du Tribunal du 6 septembre 2011 et l'arrêt de la Cour du 3 octobre 2013*³⁶

C'est à l'occasion d'un recours en annulation introduit par différentes personnes physiques et associations le 11 janvier 2010 contre le règlement (CE) n° 1007/2009 sur le commerce des produits dérivés du phoque que le Tribunal, puis la Cour de justice dans le cadre du pourvoi, se livrèrent pour la première

³⁴ En ce sens, voy. O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2008, pp. 126 et s., spéc. p. 130 ; M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH (avec la coll. de), *Contentieux européen*, *op. cit.*, n° 217.

³⁵ K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *op. cit.*, pp. 711 à 745, spéc. p. 725.

³⁶ T-18/10, *Rec.*, p. II-5599, et C-583/11 P, non encore publié au *Rec.*

fois à l'exercice d'interprétation tant attendu du quatrième alinéa de l'article 263 TFUE³⁷.

a. *Une interprétation littérale, historique et téléologique*

Pour définir la notion d'acte réglementaire visée à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, le Tribunal a procédé à une interprétation littérale, historique et téléologique de cette disposition. Dans son arrêt, la Cour n'a relevé aucune erreur de droit dans le raisonnement du Tribunal.

i. *Interprétation littérale*

Pour le Tribunal, « il ressort du sens commun du terme “réglementaire” que les actes visés par [le quatrième alinéa de l'article 263 TFUE] sont aussi de portée générale »³⁸. Toutefois, ce mot ne peut pas viser « l'ensemble des actes de portée générale, mais une catégorie plus restreinte de ceux-ci, à savoir les actes réglementaires »³⁹, dans la mesure où « réglementaire » et « de portée générale » ne sont manifestement pas des expressions synonymes. Dans cette optique, le Tribunal oppose les actes réglementaires aux actes législatifs, et cite, comme autre exemple du traité, l'article 114 TFUE qui évoque le rapprochement des « dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres »⁴⁰.

Ce raisonnement sera expressément approuvé par la Cour. Elle estime en effet qu'il ressort de l'article 263, quatrième alinéa, troisième branche, TFUE que la notion d'« acte réglementaire » a une portée plus limitée que celle d'« actes » qui est employée à l'article 263, quatrième alinéa, première et deuxième branches, TFUE pour qualifier les autres types de mesures dont les personnes physiques et morales peuvent demander l'annulation. Selon la Cour,

³⁷ Dans une ordonnance du 15 juin 2011 (*Thomas Ax/Conseil*, T-259/10, *Rec.*, 2011, p. II-176*), le Tribunal avait préféré contourner la difficulté en examinant en premier lieu la condition de l'affectation directe. Dans la mesure où le Tribunal arrivait à la conclusion que le requérant ne remplissait pas cette première condition, il estimait inutile de s'interroger sur la notion d'acte « réglementaire » au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE puisque la condition de l'intérêt direct était requise dans les deux hypothèses visées. Pour un commentaire de cette ordonnance, voy. A. RIGAUX, *Europe*, août-septembre 2011, n° 287, p. 19. Au contraire, dans l'arrêt du 25 octobre 2011, après avoir constaté que l'acte en cause n'avait pas été adressé aux requérants (qui n'en étaient donc pas les destinataires) et que le recours en annulation ne serait par conséquent recevable que si ledit acte constituait un acte réglementaire qui les concernait directement ou s'il les concernait directement et individuellement, le Tribunal considère que, « [e]n premier lieu, il convient de vérifier si la décision attaquée constitue un acte réglementaire au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE » (point 20 de l'arrêt, *Microban International et Microban (Europe)/Commission*, T-262/10, *Rec.*, 2011, p. II-7697).

³⁸ Point 42 de l'ordonnance.

³⁹ Point 43 de l'ordonnance.

⁴⁰ Point 46 de l'ordonnance. Notons que ce texte évoque les droits nationaux et que le Tribunal ne fera plus jamais allusion aux dispositions « administratives ».

« cette première notion ne saurait, comme l’a jugé à juste titre le Tribunal au point 43 de l’ordonnance attaquée, viser l’ensemble des actes de portée générale, mais se rapporte à une catégorie plus restreinte d’actes de cette nature [; r]ecourir à une interprétation contraire reviendrait à vider de son sens la distinction opérée par les deuxième et troisième branches de l’article 263, quatrième alinéa, TFUE entre les termes “actes” et “actes réglementaires” »⁴¹.

Contrairement à la Cour, le Tribunal ajoutait encore que le libellé de la fin du quatrième alinéa de l’article 263 TFUE démontrerait la volonté des États de ne pas « limiter la portée de cette disposition aux seuls actes délégués au sens de l’article 290 TFUE »⁴². Nous observons qu’à partir du même constat – c’est-à-dire le fait de ne pas avoir repris l’appellation « actes délégués » au sens de l’article 290 TFUE dans l’article 263, quatrième alinéa, TFUE – O. De Schutter y voit le rejet d’une distinction entre actes législatifs, d’une part, et actes adoptés sur délégation du législateur européen, d’autre part. Pour cet auteur, cela confirmait le bien-fondé d’une interprétation large de l’acte réglementaire en tant qu’acte de portée générale, c’est-à-dire le contraire d’une décision individualisée. Au terme de son interprétation littérale, le Tribunal, confirmé par la Cour, adopte, en revanche, une vision plus étroite de la distinction : le nouvel article 263 TFUE ne vise pas uniquement les actes délégués, mais il ne peut en aucun cas s’agir d’actes législatifs.

Le Tribunal ne précise toutefois pas ce qu’il faut entendre par « acte de portée générale ». Il le fera dans son arrêt du 25 octobre 2011, *Microban c. Commission*⁴³. Selon lui, une norme est de portée générale lorsqu’elle s’applique « à des situations déterminées objectivement et produit des effets juridiques à l’égard d’une catégorie de personnes envisagées de manière générale et abstraite »⁴⁴.

ii. *Interprétation historique*

En un paragraphe, le Tribunal livre sans doute avec son analyse historique l’argument le plus difficilement contestable : « malgré la proposition de modification [...] de l’article 230, quatrième alinéa, CE mentionnant les “actes de portée générale”, le Praesidium a retenu une autre option, celle mentionnant les “actes réglementaires” ».

⁴¹ Point 58 de l’arrêt.

⁴² Point 48 de l’ordonnance.

⁴³ Trib., 25 octobre 2011, *Microban International et Microban (Europe)/Commission*, T-262/10, *Rec.*, p. II-7697, point 23.

⁴⁴ Point 23 de l’arrêt.

Le Tribunal voit dans ce choix, réitéré dans l'article 263 TFUE, la confirmation de son interprétation littérale dans la mesure où, « [a]insi qu'il ressort de la note de transmission [du Praesidium de la Convention du 12 mai 2003, CONV 734/03], cette formulation permettait "d'établir une distinction entre les actes législatifs et réglementaires, en retenant une approche restrictive en ce qui concerne les recours des particuliers contre les actes législatifs (pour lesquelles la condition 'directement et individuellement concerné' reste d'application)" »⁴⁵. L'argument sera également repris par la Cour⁴⁶.

iii. *Interprétation téléologique*

Enfin, comme pour vérifier le bien-fondé de l'interprétation choisie, le Tribunal opère une dernière lecture du quatrième alinéa de l'article 263 TFUE en ayant à l'esprit la finalité de la réforme. Pour le Tribunal, « la finalité de cette disposition est de permettre à une personne physique ou morale d'introduire un recours contre les actes de portée générale qui ne sont pas des actes législatifs, qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution, en évitant ainsi les cas où une telle personne devrait enfreindre le droit pour avoir accès au juge »⁴⁷.

C'est vraisemblablement la partie de l'interprétation qui paraît la plus critiquable au regard du but initial de la réforme. Alors qu'il s'agissait d'élargir les possibilités de recours en annulation ouvertes aux particuliers, le Tribunal donne au quatrième alinéa de l'article 263 TFUE une interprétation particulièrement restrictive. Toutefois, de façon paradoxale, alors qu'elle rappelle expressément cet objectif d'ouverture du recours en annulation, la Cour achève elle aussi son raisonnement en confirmant l'exclusion des actes législatifs de l'article 263, quatrième alinéa, *in fine* TFUE⁴⁸.

b. *Une interprétation dénuée d'ambiguïté... mais (doublement) restrictive*

Si l'on veut se montrer positif, on saluera la clarté de la définition choisie. En effet, comme le résume D. Simon : « la notion d' « acte réglementaire » doit être comprise comme visant *tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs* »⁴⁹.

⁴⁵ Point 49 de l'ordonnance.

⁴⁶ Point 59 de l'arrêt.

⁴⁷ Point 50 de l'ordonnance.

⁴⁸ Points 60 et 61 de l'arrêt.

⁴⁹ Nous soulignons. D. SIMON, note, *Europe*, novembre 2011, n° 388, p. 1 et 2.

De son côté, le pessimiste retiendra que l'interprétation choisie est doublement restrictive.

Tout d'abord, l'article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE « ne permet pas de former un recours contre tous les actes répondant aux critères d'affectation directe et d'absence de mesures d'exécution, ni contre tous les actes de portée générale répondant à ces critères, mais uniquement à une catégorie spécifique de ces derniers, à savoir les actes réglementaires [; e]n conséquence, les conditions de recevabilité d'un recours en annulation contre un acte législatif demeurent *plus restrictives* que dans le cas d'un recours formé contre un acte réglementaire »⁵⁰.

Ensuite, comme l'impose le traité, le critère retenu pour déterminer si l'acte en cause est un acte législatif ou non est strictement procédural. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'article 289, paragraphe 3, TFUE ne laisse aucun choix à cet égard, puisqu'il définit les actes législatifs comme ceux adoptés par une procédure législative (ordinaire ou spéciale). En conséquence, le critère de distinction lié à la portée générale (ou non) de l'acte – invoqué par les requérants – n'a pas été jugé pertinent par le Tribunal, car « ce n'est pas la portée générale du règlement attaqué qui est en cause, mais sa prétendue qualification d'acte réglementaire [; or,] sa qualification d'acte législatif ou d'acte réglementaire selon le traité FUE repose sur le *critère de la procédure, législative ou non, ayant mené à son adoption* »⁵¹.

Il importe néanmoins de relever que cette nouvelle règle rompt avec une jurisprudence constante qui, pour déterminer le caractère général ou individuel, normatif ou non d'un acte, voulait que l'on s'attarde sur la « substance » et non la « forme » ou l'« intitulé » d'un acte⁵². Comme le Tribunal le rappelle lui-même, l'objectif de cette jurisprudence « était, notamment, d'éviter que, par

⁵⁰ Nous soulignons, point 50 de l'ordonnance.

⁵¹ Nous soulignons, point 65 de l'ordonnance. En l'espèce, le règlement attaqué ayant été adopté selon la procédure de l'article 251 CE (ancienne codécision), le Tribunal considère qu'il s'agit d'un acte législatif. Partant, pour que le recours soit recevable, il doit examiner le respect de la double condition de l'affectation directe et individuelle. À cet égard, le Tribunal retient les interprétations issues de la jurisprudence antérieure au traité de Lisbonne (pour le rappel des définitions, voy. les points 71 et 88 de l'ordonnance commentée et développements *supra* sur les conditions de l'article 230 CE). L'arrêt rendu quelques semaines plus tard par le Tribunal dans l'affaire *Microban* confirme que c'est bien le critère procédural qui prime pour identifier l'éventuel caractère « législatif » de l'acte attaqué. Dans cette affaire, le Tribunal s'attarde à nouveau sur la base juridique de l'acte et sur la compétence dans laquelle il s'inscrit : « En l'espèce, la base juridique visée par la décision attaquée est l'article 11, paragraphe 3, du règlement n° 1935/2004 [qui] prévoit qu'une mesure prise par la Commission sur son fondement est arrêtée en conformité avec la procédure visée [par] la décision 1999/468/CE du Conseil, du 28 juin 1999, fixant les modalités de l'exercice des *compétences d'exécution* conférées à la Commission [...]. Dès lors, la décision attaquée a été adoptée par la Commission *dans l'exercice de compétences d'exécution et non dans l'exercice de compétences législatives* » (nous soulignons, Trib., 25 octobre 2011, *Microban International et Microban (Europe)/Commission*, T-262/10, *Rec.*, p. II-7697, point 22).

⁵² En ce sens, voy. Ph. ICARD, « L'accès aux juges de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 712 et s., spéc. p. 724.

le simple choix de la forme d'un règlement, les institutions de l'Union puissent exclure le recours d'un particulier contre une décision qui le concerne directement et individuellement et de préciser ainsi que le choix de la forme peut changer la nature d'un acte »⁵³. Or, avec l'interprétation de l'acte réglementaire retenue, la possibilité pour la Commission de privilégier la voie législative, pour éviter qu'un particulier visé par la mesure n'introduise un recours en annulation (ou en tout cas le rendre plus difficile), est théoriquement envisageable⁵⁴. Puisque, selon le Tribunal et la Cour, l'acte réglementaire attaqué sur la base de l'article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE est nécessairement une norme de portée générale adoptée selon une procédure autre que législative, il suffirait de l'adopter selon la procédure législative pour le « transformer » en acte législatif et imposer ainsi au requérant éventuel la nécessité de prouver son affectation directe... et individuelle, comme auparavant⁵⁵ !

L'interprétation du Tribunal et de la Cour de justice, malgré l'ouverture théorique de l'article 263 TFUE, oblige donc le requérant à démontrer qu'il est bien concerné directement *et* individuellement par l'acte *législatif* qu'il souhaite attaquer, alors que le nouveau quatrième alinéa de l'article 263 TFUE était censé faciliter son accès au prétoire européen.

4. *Le droit à la protection juridictionnelle effective*

La Cour semble d'ailleurs parfaitement consciente du choix restrictif qu'elle opère, vu le soin qu'elle prend pour répondre à la critique relative à la protection juridictionnelle effective invoquée par certains requérants⁵⁶.

⁵³ Point 64 de l'ordonnance.

⁵⁴ Le traité prévoit expressément que, lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, c'est en principe la Commission qui détient cette compétence (article 291, paragraphe 2, TFUE). Or, c'est également elle qui dispose de l'initiative législative (article 289, paragraphe 1, et article 294, paragraphe 2, TFUE).

⁵⁵ La Cour de justice avait en effet autorisé cette possibilité d'attaquer en annulation un acte législatif lorsque l'ancien article 230 CE était en vigueur. À ce propos, Filip Ragole écrivait : « Nevertheless, a private applicant can show in a number of other ways that it is individually concerned by a *legislative act* » (nous soulignons, F. RAGOLLE, « Access to justice for private applicants in the Community legal order : recent (r)evolutions », *op. cit.*, pp. 90 et s., spéc. p. 93). Cette jurisprudence devrait rester d'application. Toutefois, si l'exemple cité par l'auteur – l'arrêt *Codorniu* (C.J., 18 mai 1994, *Codorniu/Conseil*, C-309/89, *Rec.*, 1994, p. I-1853) – confirme qu'une mesure générale prise sous la forme d'un règlement, bien que de nature législative, peut néanmoins concerner individuellement certaines parties privées, la jurisprudence ultérieure de la Cour est également la preuve de l'incertitude régnant autour de cette possibilité et de la rareté de sa consécration (*op. cit.*, p. 94).

⁵⁶ De son côté, le Tribunal s'était, ce qui peut apparaître paradoxal, appuyé sur la jurisprudence *Jégo-Quéré* et *Unión de pequeños agricultores* de la Cour de justice pour répondre à l'argument. Il a non seulement considéré que « le traité [avait] établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de légalité des actes des institutions en le confiant au juge de l'Union » (point 55 de l'ordonnance), et que l'on ne pouvait donc opposer à ce droit primaire des conventions internationales (les requérants invoquaient la convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au

Le troisième moyen développé par les requérants à l'appui de leur pourvoi⁵⁷ visait expressément cette question de la protection juridictionnelle effective, ceux-ci prétendant que l'interprétation de l'article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE, retenue par le Tribunal violait l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union⁵⁸.

a. *La jurisprudence antérieure à l'arrêt « Inuit »*

Avant d'être inscrit dans la Charte, le « droit au juge », pour reprendre l'expression de l'avocat général Darmon⁵⁹, avait été consacré par la Cour comme un principe général du droit de l'Union dès le milieu des années quatre-vingt. Il se fondait alors sur les traditions constitutionnelles communes des États membres et les articles 6 et 13 de la C.E.D.H.⁶⁰

Il était également, déjà, au cœur de l'affaire *Unión de pequeños agricultores*, la Cour observant que la Communauté européenne (à l'époque, l'Union aujourd'hui) est une communauté de droit dans laquelle les institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit, dont font partie les droits fondamentaux. Il en découle, selon la Cour, que les particuliers doivent pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique de l'Union⁶¹.

processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement et la convention sur la diversité biologique de Rio de Janeiro du 5 juin 1992). Mais, retenant la leçon passée, il a, en outre, rappelé qu'il ne pouvait pas « sans excéder ses compétences, interpréter les conditions selon lesquelles un particulier peut former un recours contre un règlement, d'une manière qui aboutit à s'écarter de ces conditions, qui sont expressément prévues par le traité » (point 51 de l'ordonnance).

⁵⁷ Pour rappel, il s'agit du pourvoi introduit à l'encontre de l'ordonnance du Tribunal du 6 septembre 2011, T-18/10, *Rec.*, p. II-5599 (C.J., 3 octobre 2013, *Inuit Tapirūt Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, non encore publié au *Rec.*).

⁵⁸ L'article 47 de la Charte, intitulé « Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », stipule : « [t]oute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

⁵⁹ Conclusions présentées le 28 janvier 1986, dans l'affaire *Johnston*, 222/84, *Rec.*, p. 1654, points 3 et s.

⁶⁰ C.J., 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, *Rec.*, p. 1663, point 18, et C.J., 15 octobre 1987, *Heylens*, *Rec.*, p. 4112, point 14. À propos de ces arrêts, voy. entre autres, J. RIDEAU, « Communauté de droit et États de droit », in *Mélanges René-Jean Dupuy, Humanité et droit international*, Paris, Pédone, 1991, pp. 249 et s., spéc. pp. 265 à 268.

⁶¹ Points 38 et 39 de l'arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de pequeños agricultores*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677. C'est également dans cet arrêt que la Cour ajoute pour la première fois, à côté des traditions constitutionnelles communes des États membres et des articles 6 et 13 de la C.E.D.H., l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux comme fondement du droit à la protection juridictionnelle effective (point 37 de l'arrêt). À ce propos, voy. L. LEBEAU, obs. sous C.J., 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd/Justitiekanslern*, aff. C-432/05, *Rec.*, p. I-2271, *R.A.E.*, 2007, pp. 135 à 151, spéc. pp. 138 et 139.

Cependant, vu l'organisation des voies de recours telles qu'elles existaient à l'époque, la Cour a estimé que c'était aux États membres, qu'il appartenait « de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective »⁶².

Deux précisions seront apportées avec l'affaire *Unibet*⁶³. Tout d'abord, « le principe de protection juridictionnelle effective ne requiert pas, en tant que tel, l'existence d'un recours *autonome* tendant, à titre principal, à contester la conformité de dispositions nationales avec des normes communautaires »⁶⁴. Mais, « si, au contraire, [la personne est contrainte] de s'exposer à des procédures administratives ou pénales à son encontre et aux sanctions qui peuvent en découler, comme seule voie de droit pour contester la conformité des dispositions nationales en cause avec le droit communautaire, cela ne suffirait pas pour lui assurer une telle protection juridictionnelle effective »⁶⁵. Dans ce cas, comme dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de voie de recours incidente disponible pour contester la validité d'un acte national au regard du droit de l'Union, il découlerait alors du traité une obligation pour les États de créer une voie de droit spécifique⁶⁶.

⁶² Point 41 de l'arrêt *Unión de pequeños agricultores* précité.

⁶³ C.J., 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.*, p. I-2271.

⁶⁴ Points 47 et 64 de l'arrêt.

⁶⁵ Point 64 de l'arrêt. Selon Laurent Coutron, l'idée selon laquelle les justiciables ne peuvent être contraints de se placer dans l'illégalité pour disposer d'un droit de recours incident contre un acte de droit dérivé était déjà présente dans l'arrêt *Jégo-Quéré* de la Cour (L. COUTRON, « Premières précisions sur la clause "Jégo-Quéré" », *R.A.E.*, 2012, pp. 163 à 169, spéc. p. 168). Il est vrai qu'au point 35 de son arrêt, la Cour suggère que le fait qu'un règlement de l'Union s'applique directement, sans l'intervention des autorités nationales, n'implique pas par lui-même qu'un opérateur directement concerné par celui-ci ne puisse mettre en cause la validité dudit règlement qu'après l'avoir enfreint. Selon la Cour, « il ne saurait être exclu qu'un système juridique national ouvre la possibilité à un particulier directement concerné par un acte normatif général de droit interne, ne pouvant pas être directement attaqué en justice, de solliciter auprès des autorités nationales une mesure se rattachant audit acte, susceptible d'être mise en cause devant la juridiction nationale, de manière à permettre à ce particulier de contester indirectement l'acte en question. De même, il ne saurait non plus être exclu qu'un système juridique national ouvre la possibilité à un opérateur directement concerné par le règlement n° 1162/2001 de solliciter auprès des autorités nationales un acte se rapportant à ce règlement, susceptible d'être mis en cause devant la juridiction nationale, de façon à permettre à un tel opérateur de contester indirectement le règlement en question ». Si, certes, la solution est suggérée, il ne s'agissait cependant pas d'une interdiction expresse de la mise en infraction préalable à la saisine d'une juridiction. Au contraire, la Cour évoque ces solutions subsidiaires après avoir affirmé qu'un « recours en annulation devant le juge [de l'Union] ne saurait, *en tout état de cause*, être ouvert même s'il s'avérait que les règles procédurales nationales n'autorisent le particulier à mettre en cause la validité de l'acte communautaire contesté qu'après avoir enfreint celui-ci » (nous soulignons, point 34 de l'arrêt).

⁶⁶ Cette obligation peut être déduite du rappel effectué par la Cour aux points 40 et 41 de l'arrêt : « En effet, si le traité CE a institué un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées, le cas échéant, par des personnes privées devant le juge communautaire, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national (C.J., 7 juillet 1981, *Rewe*, 158/80, *Rec.*, p. 1805, point 44). Il n'en irait autrement que s'il ressortait de l'économie de l'ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, même

Pourtant, lorsqu'il s'était agi d'envisager la possibilité de contester la validité d'un acte de l'Union – et non plus celle d'un acte national – la Cour avait affirmé sans ambiguïté « [qu']un recours en annulation devant le juge communautaire ne saurait, en tout état de cause, être ouvert même s'il s'avérait que les règles procédurales nationales n'autorisent le particulier à mettre en cause la validité de l'acte communautaire contesté *qu'après avoir enfreint celui-ci* »⁶⁷.

La confrontation de ces arrêts conduit à un éventuel paradoxe. Cela signifierait que la Cour estime, d'un côté, acceptable que les individus n'aient pas de recours sur la base de l'article 263 TFUE devant les juridictions de l'Union, alors même que l'accès à la justice devant les tribunaux nationaux n'est possible qu'après avoir enfreint *l'acte de l'Union*, mais que, d'un autre côté, elle juge inacceptable de ne pouvoir mettre en cause la validité d'un *acte national*, au regard du droit de l'Union, devant le juge interne, qu'en enfreignant le premier⁶⁸. Il peut être déduit de l'arrêt *Jégo-Quéré* que la Cour entendait

de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire (voy., en ce sens, C.J., 16 décembre 1976, *Rewe*, précité, point 5, et arrêts précités *Comet*, point 16, ainsi que *Factortame e.a.*, points 19 à 23) ». En ce sens, voy. A. ARNULL, « The principle of effective judicial protection in EU law : an unruly horse ? », *E.L.Rev.*, 2011/1, vol. 36, pp. 51 à 70 ; L. LEBEAU, obs. sous C.J., 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd/Justitiekanslern*, aff. C-432/05, *Rec.*, p. I-2271, *R.A.E.*, 2007, pp. 135 à 151, spéc. pp. 139 et 140 ; J. KAPRIELIAN, « Le renvoi préjudiciel en droit de l'Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ? », *Jurisdoctoria*, 2011/6, pp. 75 à 98, spéc. p. 84. Dans ses conclusions présentées le 30 novembre 2006, l'avocat général Sharpston s'était, elle, montrée plus explicite. Au point 35 de ses conclusions, elle estimait que, « dans certaines circonstances, le droit communautaire *peut* exiger une nouvelle voie de recours s'il s'agit du seul moyen de garantir la protection d'un droit tiré du droit communautaire ». S'il convient de préciser qu'elle admettait par ailleurs que « le simple fait qu'un droit d'action spécifique n'existe pas dans un système juridique déterminé pour affirmer un droit tiré du droit communautaire déterminé n'implique pas nécessairement une violation du principe de la protection effective » (point 36), elle « insiste [néanmoins finalement] sur le fait que, si la voie de l'indemnisation *ne procure pas*, en fait, de protection qui permette à Unibet de faire valoir, en pratique, les droits qu'elle tire du droit communautaire une fois qu'ils ont été reconnus par la juridiction nationale, un nouveau recours doit nécessairement être créé si le Royaume de Suède veut respecter les obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire » (point 56).

⁶⁷ Nous soulignons, C.J., 1^{er} avril 2004, *Commission/Jégo-Quéré*, C-263/02 P, *Rec.*, p. I-3425, point 34.

⁶⁸ En ce sens, A. ARNULL, « The principle of effective judicial protection in EU law : an unruly horse ? », *op. cit.*, pp. 51 à 70, spéc. p. 56. Cet auteur avait déjà critiqué cette divergence dans une note d'observations de l'arrêt *Unibet* publiée en 2007 (A. ARNULL, *op. cit.*, pp. 1763 à 1780, spéc. p. 1776). Arnaud Van Waeyenberge et Peter Pecho se sont également interrogés sur la portée de la règle dégagée dans l'arrêt *Unibet*. De leur exposé des arguments *pro* et *contra*, nous déduisons qu'ils étaient davantage en faveur de l'interprétation restrictive selon laquelle la Cour n'aurait pas étendu la portée de la règle dégagée dans l'arrêt *Unibet* aux recours exercés à l'encontre des actes de l'Union (A. VAN WAEYENBERGE et P. PECHO, « L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – Un pari sur l'avenir de la protection effective », *op. cit.*, pp. 123 à 156, spéc. pp. 144 à 146). Tel est aussi notre sentiment, de même que celui de Lydia Lebeau (L. LEBEAU, obs. sous l'arrêt *Unibet*, *op. cit.*, p. 145). Frédéric Schmied estimait par contre que le « principe d'équivalence » des conditions de recours (qui veut que les règles procédurales nationales permettant de faire valoir en justice les droits conférés par le droit de l'Union, ne soient pas moins favorables que celles relatives au recours semblables fondés sur le droit interne) s'imposerait aux recours prévus par le droit de l'Union. Selon cet auteur, la Cour ayant jugé, dans l'arrêt *Unibet*, qu'il était contraire au droit de l'Union de devoir se mettre en infraction pour contester la validité d'un acte national au regard du droit de l'Union, il devrait en être de même lorsque le particulier souhaite contester la

là aussi renvoyer aux États, de manière implicite, mais certaine, la tâche de modifier le traité le cas échéant. En effet, citant l'arrêt *Unión de pequeños agricultores*, la Cour estimait que l'interprétation des conditions fixées (à l'époque) par l'article 230 CE, devant-elle se faire à la lumière du droit à la protection juridictionnelle effective, « ne saurait aboutir à écarter la condition [d'être individuellement concerné], qui est expressément prévue par le traité »⁶⁹.

Force est de constater que les États n'ont pas répondu de manière explicite à cet appel. Si réponse il y a, elle doit être cherchée dans la lecture combinée des nouveaux articles 19 TUE et 263 TFUE. Avec le premier, les États se sont contentés d'intégrer dans le traité le principe à la base du raisonnement de la Cour dans l'arrêt *Unión de pequeños agricultores*. Selon l'article 19 TUE, c'est en effet la Cour de justice de l'Union européenne qui « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (premier alinéa), mais c'est aux États membres qu'il appartient d'établir « les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union » (deuxième alinéa). Quant à l'article 263 TFUE, il résulte de l'arrêt de la Cour du 3 octobre 2013, *Inuit*, que la portée de sa modification sur le droit à la protection juridictionnelle effective est infime.

b. *La réponse de la Cour dans l'arrêt « Inuit »*

Comme nous l'avons déjà indiqué, par leur troisième moyen, les requérant estimaient que l'interprétation de l'article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE retenue par le Tribunal violait l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

Toutefois, il résulte de la lecture des 17 points de l'arrêt consacrés à la question que la Cour ne fait, pour l'essentiel, que synthétiser dans une approche unique les principes successivement dégagés dans ses arrêts *Jégo-Quéré*, *Unión de pequeños agricultores* et *Unibet*.

En effet, elle commence tout d'abord par rappeler, à titre liminaire, et en invoquant désormais le premier paragraphe de l'article 19 TUE, que le contrôle juridictionnel du respect de l'ordre juridique de l'Union est assuré par la Cour et les juridictions des États membres⁷⁰. Elle complète ensuite cette première

validité d'un acte de l'Union (Fr. Schmied, « L'accès des particuliers au juge de la légalité – L'apport de l'arrêt *Unibet* », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 166 à 170, spéc. pp. 168 et 169). Notons enfin que si l'on suit l'interprétation de Laurent Coutron, le paradoxe n'est qu'apparent, puisque la suggestion de solution formulée par la Cour au point 35 de l'arrêt *Jégo-Quéré* doit alors être comprise comme une formulation implicite de la règle énoncée dans l'arrêt *Unibet*.

⁶⁹ Point 36 de l'arrêt.

⁷⁰ Point 90 de l'arrêt.

affirmation par celle relative à la complétude – par le jeu cumulé du recours en annulation (article 263 TFUE) et de l’exception d’illégalité (article 277 TFUE), d’une part, et du renvoi préjudiciel, d’autre part (article 267 TFUE) – du système des voies de recours mis en place par le traité⁷¹. Enfin, à nouveau confortée dans sa jurisprudence antérieure par ce même article 19 TUE, la Cour maintient le principe selon lequel le respect du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective dépend de la mise en œuvre, au niveau des États, des voies de recours et de procédure adéquates⁷². Comme elle l’avait déjà dit dans l’arrêt *Unibet* à propos de traité CE, la Cour ajoute ici que « ni le traité FUE, ni l’article 19 TUE n’ont entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit de l’Union, des voies de droit autres que celles établies par le droit national »⁷³. Fidèle à sa jurisprudence antérieure, la Cour précise enfin « [qu’]il n’en irait autrement que s’il ressortait de l’économie de l’ordre juridique national en cause qu’il n’existe aucune voie de recours permettant, ne fût-ce que de manière incidente, d’assurer le respect des droits que le justiciable tire du droit de l’Union, ou encore, si la seule voie d’accès à un juge était pour les justiciables de se voir contraints d’enfreindre le droit »⁷⁴.

Le seul véritable apport de l’arrêt sur l’étendue du « droit au juge » (en ce qu’il vise la contestation des normes) réside dans les deux derniers points précédant le rejet du troisième moyen. Selon la Cour, « la protection conférée par l’article 47 de la Charte n’exige pas qu’un justiciable puisse, de manière inconditionnelle, intenter un recours en annulation, directement devant la juridiction de l’Union, contre des actes législatifs de l’Union »⁷⁵. De plus, « ni ce droit fondamental ni l’article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE n’exigent qu’un justiciable puisse former des recours contre de tels actes, à titre principal, devant les juridictions nationales »⁷⁶.

La réponse de la Cour apparaît donc claire et, oserions-nous écrire, définitive. En effet, les développements de la Cour relatifs à la définition de la notion d’acte réglementaire, d’une part, et à l’étendue de la protection juridictionnelle effective, d’autre part, sont tels qu’ils ne laissent guère de place à une évolution. Pour modifier la définition de la première condition de recevabilité de l’article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE, il faudrait que la Cour opère un revirement de jurisprudence, par définition exceptionnel.

⁷¹ Point 92 de l’arrêt.

⁷² Points 99 à 102 de l’arrêt.

⁷³ Point 103 de l’arrêt, nous soulignons.

⁷⁴ Point 104 de l’arrêt.

⁷⁵ Point 105 de l’arrêt.

⁷⁶ Point 106 de l’arrêt.

5. *La différence entre une effectivité théorique et une effectivité pratique (ou réelle)*

Analysant la portée des deux interprétations de « l'acte réglementaire », K. Lenaerts qualifiait la différence entre les deux de « non négligeable ». En effet, avec l'interprétation restrictive choisie, la jurisprudence *Plaumann* « continue à s'appliquer pour tous les actes législatifs de l'Union, que ceux-ci impliquent, ou non, des mesures nationales d'exécution. Autrement dit, pour les actes législatifs, [c'est] le « status quo » »⁷⁷.

C'est exact. Dès lors, comme nous l'avons déjà écrit suite à l'arrêt *Inuit* du Tribunal⁷⁸, nous ne pouvons par conséquent pas suivre la conclusion de K. Lenaerts selon laquelle, « en tout état de cause, et indépendamment de l'approche [choisie par le Tribunal et la Cour], il est indéniable que l'article 263, quatrième alinéa, TFUE contribue à l'amélioration de la protection juridictionnelle des particuliers ». Certes, avec ce nouvel article, même interprété restrictivement comme l'ont fait le Tribunal et la Cour dans les décisions *Inuit*, le recours formé dans l'affaire *Jégo-Quéré* aurait sans doute été déclaré recevable – puisque le règlement en cause n'avait pas de nature législative au sens de l'article 289 TFUE. Il n'empêche que la modification apportée par le Traité de Lisbonne ne trouverait, par contre, toujours pas à s'appliquer à des faits analogues à ceux qui ont donné lieu à l'arrêt rendu par la Cour de justice le 25 juillet 2002 dans l'affaire *Unión de pequeños agricultores* – puisque le règlement attaqué dans cette affaire était, cette fois, de nature législative.

Cette conclusion est pour le moins paradoxale si l'on veut bien admettre que l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores* fut le déclencheur de la modification du traité⁷⁹. L'avocat général Wathelet n'a d'ailleurs pas manqué de relever, non sans une certaine ironie, qu'il ne pouvait croire « comme certains auteurs favorables à l'interprétation restrictive le pensent, que la question préjudicielle constitue toujours un mécanisme suffisant pour assurer une protection juridictionnelle effective », car « si cela était le cas, il n'y aurait pas eu de raison

⁷⁷ K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *op. cit.*, pp. 711 à 745, spéc. p. 728.

⁷⁸ Avec M. WATHELET, « Recours en annulation : une première approche restrictive du droit d'action élargi des particuliers », *J.D.E.*, 2012, pp. 75 à 79.

⁷⁹ Face à cette situation, R. Barents n'hésite pas à qualifier l'interprétation restrictive d'absurde. Comme il l'explique très bien, si une interdiction d'utiliser certains filets de pêche se trouve dans un acte non-législatif, une action contre cette mesure sera admissible si la condition d'être directement concerné est remplie, alors que, si la même interdiction est incluse dans un règlement « de base » (il parle de « *basic regulation* »), la recevabilité du recours sera subordonnée au fait de savoir si la personne en cause est directement et individuellement concernée. Dans le premier cas, l'affaire serait donc recevable, contrairement au second (R. BARENTS, « The Court of Justice after the Treaty of Lisbon », *op. cit.*, pp. 709 et s., spéc. p. 725).

de modifier l'article 230 CE, dont les inconvénients subsisteront par définition si l'on considère que les actes législatifs sont exclus du quatrième alinéa de l'article 263 TFUE »⁸⁰.

Indépendamment du fait que l'interprétation choisie ne s'imposait pas nécessairement⁸¹, nous pensons surtout que cette solution maintient la distance qu'il y avait, depuis les arrêts *Jégo-Quééré*, *Unión de pequeños agricultores* et *Unibet*, entre une protection juridictionnelle théorique et une effectivité pratique (ou réelle), et que la Cour n'a pas saisi l'opportunité de la combler que lui offrait l'article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE. Les arguments *pro* et *contra* formulés par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions précédant l'arrêt *Unión de pequeños agricultores*, qui illustrent cette différence entre « *law in book* » et « *law in action* »⁸², restent d'ailleurs d'actualité.

« *Les procédures devant les juridictions nationales pourraient ne pas conférer une protection juridictionnelle effective aux particuliers* »⁸³

- Conformément à la jurisprudence *Foto-Frost* (arrêt du 22 octobre 1987, 314/85, *Rec. p.* 4199), les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité du droit de l'Union⁸⁴. Si elles ont l'obligation d'interroger la Cour lorsqu'elles ont un doute sur la validité d'une norme de l'Union, encore faut-il qu'elles soient convaincues par les arguments soulevés par une des parties à cet égard (à moins qu'elles ne soulèvent elles-mêmes le problème) (point 41 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire C-50/00 P, *Unión de pequeños agricultores*).
- Le principe de la protection juridictionnelle effective exige que les particuliers puissent s'adresser à une juridiction qui est en mesure de leur

⁸⁰ Conclusions présentées le 29 mai 2013 dans l'affaire *Stichting Woonpunt e.a./Commission* (C-132/12 P, non encore publiées au *Rec.*, point 59).

⁸¹ En ce sens, voy. St. PEERS et M. COSTA, « Judicial review of EU Acts after the Treaty of Lisbon ; Order of 6 September 2011, Case T-18/10 *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Commission* & Judgment of 25 October 2011, Case T-262/10 *Microban v. Commission* », *European Constitutional Law Review*, 2012, vol. 8, pp. 82 à 104, spéc. pp. 91 à 95 ; A. CREUS, « Commentaire des décisions du Tribunal dans les affaires T-18/10-*Inuit* et T-262/10-*Microban* », *C.D.E.*, 2011, pp. 659 à 678, spéc. p. 669 ; St. BALTHASAR, « Locus standi rules for challenges to regulatory acts by private applicants : the new article 263(4) TFEU », *E.L.Rev.*, 2010, p. 542. Voy. également la position exprimée par l'avocat général Wathelet dans l'affaire *Stichting Woonpunt e.a./Commission* précitée (conclusions présentées le 29 mai 2012, C-132/12 P, non encore publiées au *Rec.*, points 51 à 65). En sens contraire, Chr. WERKMEISTER, St. PÖTTERS et J. TRAUT, « Regulatory Acts within Article 263(4) TFEU – A Dissonant Extension of *Locus Standi* for Private Applicants », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, 2010-2011, pp. 311 à 332.

⁸² Expression empruntée à MM. Van Waeyenberge et Pecho (« L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – Un pari sur l'avenir de la protection effective », *op. cit.*, pp. 123 à 156, spéc. p. 140).

⁸³ Le sous-titre est celui utilisé par l'avocat général Jacobs lui-même pour introduire les points 38 à 44 de ses conclusions présentées le 21 mars 2002 dans l'affaire C-50/00 P, *Unión de pequeños agricultores*.

⁸⁴ L'obligation d'interroger la Cour de justice, corrélative à cette interdiction, est expressément rappelée par la Cour dans l'arrêt *Inuit* (point 96).

offrir des solutions susceptibles de les protéger des effets de mesures illégales. L'accès à la Cour de justice par l'intermédiaire de l'article 267 TFUE (renvoi préjudiciel) ne constitue pas une voie ouverte de plein droit aux justiciables. Outre les retards inhérents à cette procédure, eux-mêmes éventuellement contraires au principe de protection juridictionnelle effective, les juridictions peuvent se tromper dans le choix de ne pas poser de question préjudicielle et restent en tout état de cause maîtres de la formulation des questions posées (point 42 des conclusions précitées).

- L'introduction d'une procédure devant les juridictions nationales, à laquelle s'ajoute le renvoi préjudiciel éventuel, est susceptible d'entraîner des coûts et des retards importants, nécessitant des mesures provisoires dont l'octroi est strictement encadré (point 44 des conclusions précitées).
- L'hypothèse des actes législatifs ne nécessitant pas de mesure d'exécution reste problématique dans la mesure où il ne peut être demandé au particulier de se mettre en infraction pour avoir accès au juge (point 43 des conclusions précitées).

À propos de cette dernière critique, la solution suggérée par l'avocat général Kokott dans ses conclusions précédant l'arrêt *Inuit* (et déjà évoquée par la Cour elle-même dans son arrêt *Jégo-Quéré*⁸⁵) qui consiste à demander à l'autorité compétente (nationale ou européenne) l'autorisation d'adopter un comportement en application d'un acte de l'Union (qui n'a pas nécessité de mesures d'exécution qui pourraient être attaquées), voire la confirmation que l'obligation ou l'interdiction prévue par l'acte en cause ne s'applique pas à lui, pour pouvoir contester cette réponse devant un juge national, qui, à son tour, pourrait interroger la Cour à titre préjudiciel, nous paraît peu « effective » et par conséquent illusoire⁸⁶.

Nous partageons, au contraire, les propos de l'avocat général Wathelet selon qui cette solution ne serait « pas raisonnable ». En effet, « [c]omment ne pas douter de l'effectivité réelle de telles constructions théoriques fondées sur l'existence d'un acte qui n'a d'autre raison d'être que de pouvoir être attaqué et apparaîtrait ainsi purement artificiel ? En outre, qu'en serait-il si l'autorité nationale [ou l'institution de l'Union concernée] s'abstenait de répondre ? »⁸⁷. L. Coutron évoquait quant à lui, à propos de la solution proposée dans l'arrêt

⁸⁵ Point 35 de l'arrêt *Jégo-Quéré*.

⁸⁶ Points 120 et 122 des conclusions présentées par l'avocat général Kokott le 17 janvier 2013 (*Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, non encore publiées au *Rec.*). Laurent Coutron devrait en revanche approuver cette solution (voy. L. COUTRON, « Premières précisions sur la clause “*Jégo-Quéré*” », *R.A.E.*, 2012, pp. 163 à 169, spéc. p. 168).

⁸⁷ Point 62 des conclusions présentées par l'avocat général Wathelet le 29 mai 2013 (*Stichting Woonpunt e.a./Commission*, C-132/12 P, non encore publiées au *Rec.*).

Jégo-Quéré, une certaine « incohérence » en ce que le mécanisme suggéré risquait de conduire les juges nationaux à « déclarer recevables des recours, sinon artificiels, du moins passablement construits. En effet, quel acte un opérateur économique pourrait-il solliciter auprès d'une administration nationale lorsque l'acte normatif qu'il entend contester ne requiert aucune intervention des autorités nationales ? »⁸⁸ Comme le relèvent pertinemment A. Van Wayenberghe et P. Pecho : « Si d'un point de vue théorique, il paraît être peu problématique de se mettre en infraction de la loi et de faire valoir ses droits lors d'une procédure dirigée contre soi-même, devoir aller devant les tribunaux pour se défendre est un vrai cauchemar pour le commun des mortels. Il faut s'armer d'une énorme dose de courage et être prêt à dépenser une somme importante d'argent. En effet, un tel "*pari sur le droit*" peut devenir très couteux, s'il s'avère que le justiciable qui a provoqué la procédure à son encontre était mal fondé dans son interprétation du droit. En plus des frais de justice qu'il supporterait, il risque des sanctions civiles, administratives, disciplinaires, voire pénales pour l'inobservation du droit dont il s'est rendu coupable. Dès lors, il n'est certainement pas rare que les sujets de droit communautaire préfèrent respecter une norme leur faisant grief et qu'ils considèrent illégale, que d'encourir un risque supplémentaire de sanctions »⁸⁹. Le même raisonnement (à l'exception des sanctions éventuelles) peut être tenu pour une procédure civile ou administrative.

De la même manière, bien qu'il considère que c'est aux États qu'il appartient de combler les lacunes du système juridictionnel de l'Union, A. Popov précise qu'un requérant doit pouvoir soulever la non-validité de l'acte de l'Union « *par voie d'action* et non par voie d'exception, afin de ne pas avoir à enfreindre la législation de l'Union pour ensuite pouvoir exciper de sa contrariété aux traités ou aux principes généraux du droit »⁹⁰. Ce n'est qu'à cette condition que la systématique des voies de recours de l'Union serait totalement satisfaisante au regard du principe de la protection juridictionnelle effective. Pour cela, A. Popov souhaitait que la Cour précise la portée de l'obligation qu'ont les États de prévoir des voies de recours appropriées, en y incluant la possibilité d'agir par voie d'*action* (à l'instar des recours déclaratoires du droit anglais⁹¹).

⁸⁸ L. COUTRON, *L'accès à la contestation incidente des actes de l'Union européenne*, coll. Droit de l'UE - Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 230.

⁸⁹ A. VAN WAEYENBERGE et P. PECHO, « L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – Un pari sur l'avenir de la protection effective », *op. cit.*, pp. 123 à 156, spéc. p. 140.

⁹⁰ A. POPOV, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2012, pp. 167 à 194, spéc. n° 50 et n° 53.

⁹¹ En droit anglais, la jurisprudence *Dyson* (*Dyson v Attorney General* [1911] 1 K.B. 410 et *Dyson v Attorney General* [1912] 1 Ch. 159) autorise les décisions de justice purement déclaratoires, même en l'absence de base légale permettant de fonder une action en justice autonome (avec renvoi à la Cour de justice s'il s'agit

K. Lenaerts écrivait lui aussi, avant que l'affaire *Inuit* n'arrive au Tribunal, que « si la Cour venait à juger que la notion d' "acte réglementaire", au sens de l'article 263 TFUE, vise uniquement les actes non législatifs, les États membres n'en seraient pas moins tenus d'assurer que les particuliers disposent de voies de recours pour faire contrôler, par la Cour saisie sur renvoi préjudiciel, la validité des "actes législatifs" de l'Union ne comportant pas de mesures d'exécution, notamment en veillant à ce que l'accès à de telles voies ne présuppose pas une violation de la loi par ces particuliers »⁹².

L'arrêt *Inuit* du 3 octobre 2013 permet-il de déduire un tel élargissement ? Qu'il nous soit permis d'en douter. En effet, au point 106 de son arrêt, la Cour prend le soin de préciser que : « ni ce droit fondamental [à la protection juridictionnelle effective] ni l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE n'exigent qu'un justiciable puisse former des recours contre de tels actes [c'est-à-dire les actes législatifs de l'Union], à titre principal, devant les juridictions nationales ». Certes, il est ici, à nouveau, fait mention de recours qui seraient exercés à titre principal. Toutefois, si l'action de type déclaratoire envisagée par A. Popov (et K. Lenaerts ?) n'a d'autre objet que de contester la validité d'un acte de l'Union, quand bien même l'issue du litige dépendrait-elle d'une réponse de la Cour interrogée à titre préjudiciel conformément à la jurisprudence *Foto-Frost*, une telle action pourrait-elle encore être qualifiée d'incidente ? Nous ne le pensons pas.

La Cour n'imposant pas l'existence d'une telle procédure au niveau national et excluant les actes législatifs de l'article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE, la protection juridictionnelle des particuliers nous paraît par conséquent encore et toujours lacunaire.

« Les procédures devant le Tribunal fondées sur l'article [263 TFUE] sont en général plus appropriées pour trancher des questions de validité que les procédures préjudicielles introduites au titre de l'article [267 TFUE] »⁹³

- L'institution qui a adopté l'acte attaqué est partie à la procédure du début à la fin, laquelle est pleinement contradictoire (alors que la procédure de renvoi préjudiciel ne connaît que le dépôt unique et « simultané » des observations de toutes les parties) (point 46 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire C-50/00 P, *Unión de pequeños agricultores*).

de mettre en cause un acte de l'Union). À propos de ces actions déclaratoires, voy. L. COUTRON, *L'accès à la contestation incidente des actes de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 230 à 232.

⁹² K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *op. cit.*, pp. 711 à 745, spéc. p. 743.

⁹³ Le sous-titre est celui utilisé par l'avocat général Jacobs lui-même pour introduire les points 45 à 48 de ses conclusions présentées le 21 mars 2002 dans l'affaire C-50/00 P, *Unión de pequeños agricultores*.

- La possibilité d’obtenir des mesures provisoires uniformes valables pour tous les États membres présente un avantage pour les particuliers et l’uniformité du droit de l’Union (point 46 des conclusions précitées).
- La possibilité pour les tiers d’intervenir est facilitée dans le cadre d’un recours en annulation, vu la communication au *Journal officiel* et la seule exigence d’un intérêt suffisant, alors que l’intervention dans une procédure préjudicielle n’est autorisée, pour les particuliers, que s’ils sont également intervenus dans la procédure nationale (point 47 des conclusions précitées).
- Le (bref) délai dans lequel les actions en annulation doivent être introduites favorise la sécurité juridique, contrairement aux questions préjudicielles qui ne sont pas soumises à un tel délai (point 48 des conclusions précitées). À cet argument, nous ajoutons celui des effets rétroactifs et *erga omnes* d’une annulation par la Cour de justice. S’il est annulé, l’acte est censé n’avoir jamais existé, il disparaît de l’ordre juridique européen⁹⁴. Certes, les effets d’un arrêt d’annulation s’appliquent *mutatis mutandis* à l’arrêt par lequel la Cour déclare, sur renvoi préjudiciel, invalide un acte du droit de l’Union⁹⁵, toutefois, formellement, l’acte continuera à exister dans l’ordre juridique européen (même non appliqué). Comme A. Arnall le résumait déjà en 2001 (dans un article de référence cité par l’avocat général Jacobs dans ses conclusions précédant l’arrêt *Unión de pequeños agricultores*), « [w]here there are doubts about the validity of a Community act, it is better for them to be examined within the deadline laid down in Article 230 by a court which is properly equipped to do so and whose decision will, subject to any appeal, take effect *erga omnes* »⁹⁶.

À propos de la sécurité juridique, retenir une interprétation large de la notion d’acte réglementaire – c’est-à-dire celle assimilant l’acte réglementaire à l’acte de portée générale, qu’il soit législatif ou non – aurait également réduit l’incertitude liée à la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* qui entraîne l’irrecevabilité d’une question préjudicielle s’il ne fait aucun doute que les parties au principal auraient pu introduire un recours en annulation contre l’acte faisant l’objet de la question⁹⁷.

⁹⁴ À ce propos, voy. J. KAPRIELIAN, « Le renvoi préjudiciel en droit de l’Union : un mécanisme assurant la protection juridictionnelle effective des individus ? », *Jurisdoctoria*, 2011/6, pp. 75 à 98, spéc. p. 94.

⁹⁵ Sur les effets de l’arrêt préjudiciel en validité, voy. M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH (avec la coll. de), *Contentieux européen*, *op. cit.*, n° 378 à n° 382.

⁹⁶ A. ARNULL, « Private applicants and the action for annulment since *Codorniu* », *C.M.L.Rev.*, 2001, vol. 38, pp. 7 à 52, spéc. p. 50.

⁹⁷ C.J., 9 mars 1994, *TWD/Bundesrepublik Deutschland*, C-188/92, *Rec.*, p. I-833. Au point 17 de cet arrêt, la Cour a décidé que « les [...] exigences de sécurité juridique conduisent à exclure la possibilité, pour le

En effet, en maintenant l'exigence pour le particulier de prouver son affectation individuelle pour être recevable à agir en annulation à l'encontre des actes législatifs, le particulier peut être incité à introduire un recours en annulation devant la Cour de justice – avec les coûts que cela entraîne, pour lui, mais également pour le Tribunal (et éventuellement la Cour sur pourvoi) – sans être certain d'être « individuellement concerné », et ce afin d'éviter de ne pouvoir ultérieurement solliciter une question préjudicielle. Pour les mêmes raisons de coût et d'incertitude, il peut aussi, au contraire, être enclin à ne pas introduire un tel recours, au risque de se voir ultérieurement refuser le droit d'interroger la Cour à titre préjudiciel.

De plus, si la condition liée à l'affectation individuelle ne devait plus être appliquée, la juridiction de renvoi elle-même serait apte à apprécier la seule condition de l'affectation directe (plus aisément identifiable) et d'écarter, le cas échéant, la demande éventuelle de renvoi préjudiciel. Un tel rôle proactif des juridictions nationales permettrait d'éviter un détour inutile par Luxembourg.

C. Être directement concerné

La troisième branche du quatrième alinéa de l'article 263 TFUE exige d'être « directement concerné » par l'acte attaqué pour pouvoir agir en annulation.

Cette condition n'est toutefois pas neuve et était déjà présente sous l'empire de l'ancien article 230 CE. C'est donc, logiquement, la même interprétation qui prévaut dans les deux hypothèses⁹⁸.

Cela signifie, selon la jurisprudence constante relative à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, qu'une personne physique ou une personne morale est directement concernée par un acte de l'Union s'il produit « directement des

bénéficiaire d'une aide, objet d'une décision de la Commission adoptée sur le fondement de l'article 93 du traité, qui aurait pu attaquer cette décision et qui a laissé s'écouler le délai impératif prévu à cet égard par l'article [263, sixième alinéa, TFUE] de remettre en cause la légalité de celle-ci devant les juridictions nationales à l'occasion d'un recours dirigé contre les mesures d'exécution de cette décision, prises par les autorités nationales ». Sur l'incidence de cette jurisprudence sur les recours directs, et son évolution, voy. Ph. ICARD, « L'accès aux juges de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 712 et s., spéc. pp. 717 à 721.

⁹⁸ Trib., 25 octobre 2011, *Microban International et Microban (Europe)/Commission*, T-262/10, *Rec.*, p. II-7697, point 32. C'est également le point de vue défendu par l'avocat général Kokott (conclusions présentées le 17 janvier 2013 dans l'affaire *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, non encore publiées au *Rec.*, point 69, et le 21 mars 2013 dans l'affaire *Telefónica/Commission*, C-274/12 P, non encore publiées au *Rec.*, point 59) et l'avocat général Wathelet (conclusions présentées le 29 mai 2013 dans l'affaire *Stichting Woonpunt e.a./Commission*, C-132/12 P, non encore publiées au *Rec.*, point 66). En doctrine, voy., notamment, A. ALBORS-LLORENS, « Sealing the fate of private parties in annulment proceedings ? The General Court and the new standing test in article 263(4) TFEU », *The Cambridge Law Journal*, 2012, vol. 71, pp. 52 à 55, ainsi que C. WERKMEISTER, St. PÖTTERS et J. TRAUT, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, *op. cit.*, pp. 311 à 332, spéc. p. 329.

effets sur la situation juridique du particulier et ne laisse aucun pouvoir d'appréciation à ses destinataires qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union, sans application d'autres règles intermédiaires »⁹⁹.

Cette définition a, comme nous l'avons déjà rappelé lors de l'examen de l'ancien article 230 CE, été assouplie. En effet, si l'État doit adopter un acte pour mettre en œuvre la norme de l'Union, cet acte ne supprimera pas nécessairement l'affectation directe du requérant. Pour que cette dernière soit écartée, la marge d'appréciation de l'État ne peut être purement formelle. L'acte étatique doit, en d'autres termes, devenir la source de l'affectation juridique du requérant¹⁰⁰.

D. Sans mesure d'exécution

Pour pouvoir attaquer en annulation un acte réglementaire sans démontrer d'affectation individuelle, l'article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE précise encore que l'acte en cause ne doit pas nécessiter de mesures d'exécution. Il s'agit là d'une troisième condition, non autrement définie par le traité.

Selon le rapport final du Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice, l'ajout de ces mots, « sans comporter de mesures d'exécution », visait à ce que l'extension du droit de recours en annulation des particuliers ne soit possible que pour les cas où le particulier aurait à enfreindre le droit pour accéder à un tribunal. En effet, « cette formule permet aux particuliers d'attaquer devant la Cour (TPI) un acte contenant par hypothèse une interdiction, et ne comportant pas de mesure d'exécution, dans la mesure où le particulier peut demander son annulation s'il parvient à démontrer qu'il est directement concerné par l'acte réglementaire en question »¹⁰¹.

Toutefois, la doctrine s'est rapidement interrogée sur le sens exact de cet ajout : s'agit-il d'une nouvelle condition ou d'une simple « explicitation » de l'affectation directe déjà présente dans l'article 230 CE¹⁰² ?

⁹⁹ C.J., 13 mars 2008, *Commission/Infront WM*, C-125/06 P, *Rec.*, p. I-1451, point 47.

¹⁰⁰ Pour une application du principe, voy., p. ex., C.J., 17 septembre 2009, *Commission/Koninklijke FrieslandCampina*, C-519/07 P, *Rec.*, p. I-8495, points 48 et 49.

¹⁰¹ CONV 636/03, Rapport final du Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice, point 21, p. 7.

¹⁰² A. CREUS, « Commentaire des décisions du Tribunal dans les affaires T-18/10-Inuit et T-262/10-Microban », *C.D.E.*, 2011, pp. 659 à 678, spéc. p. 677 ; St. PEERS et M. COSTA, « Judicial review of EU Acts after the Treaty of Lisbon ; Order of 6 September 2011, Case T-18/10 Inuit Tapiriit Kanatami and Others v. Commission & Judgment of 25 October 2011, Case T-262/10 Microban v. Commission », *European Constitutional Law Review*, 2012, vol. 8, pp. 82 à 104, spéc. p. 96 ; A. ALBORS-LLORENS, « Sealing the fate of private parties in annulment proceedings ? The General Court and the new standing test in article 263(4) TFEU », *The Cambridge Law Journal*, 2012, vol. 71, pp. 52 à 55, spéc. p. 55.

1. *Synonyme de l'affectation directe ou condition autonome*

De son côté, le Tribunal a adopté une position très claire en distinguant expressément cette condition de celle liée à l'affectation directe. En effet, selon lui, « l'exigence d'un acte ne comportant pas de mesures d'exécution visée à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE constitue une condition différente de celle tenant à l'affectation directe »¹⁰³.

Il a donc à nouveau fait le choix d'une lecture restrictive en décidant que la question « de savoir si la décision [...] laisse ou non un pouvoir d'appréciation aux autorités chargées de mesures d'exécution n'est pas pertinente »¹⁰⁴.

C'est ainsi que dans l'affaire *Iberdrola c. Commission*, le Tribunal a, par exemple, décidé qu'une décision de la Commission déclarant une aide illégale et ordonnant sa récupération « ne saurait être qualifiée d'acte ne comportant pas de mesures d'exécution [dans la mesure où] l'article 6, paragraphe 2, de la décision attaquée mentionne l'existence "de mesures nationales adoptées afin de [la] mettre en œuvre [...] jusqu'à la récupération complète des aides octroyées en vertu du régime [litigieux]". L'existence même de ces mesures de récupération, qui constituent des mesures d'exécution, justifie que la décision attaquée soit considérée comme un acte comportant des mesures d'exécution. En effet, ces mesures pourront être contestées devant le juge national par leurs destinataires »¹⁰⁵. Le Tribunal a donc refusé à la société requérante le droit d'agir en annulation sur le fondement de l'élargissement prévu par le traité de Lisbonne, au motif qu'il y aurait nécessairement, selon lui, des mesures d'exécution nationales. Or, il n'est pas contesté qu'une entreprise bénéficiaire d'une aide d'État est considérée comme directement affectée par une décision de la Commission déclarant cette aide illégale et ordonnant sa récupération.

Dans les conclusions qu'il a présentées dans l'affaire C-132/12 P, l'avocat général Wathelet estime au contraire qu'une telle interprétation réduit excessivement les effets de l'ajout apporté par l'article 263, quatrième alinéa, TFUE à l'ancien article 230 CE. Selon lui, « il est [en effet] toujours possible d'imaginer une mesure d'exécution nationale d'un acte réglementaire de l'Union, tels une publication, une notification, une confirmation ou un rappel [; o]r,

¹⁰³ Trib., ordonnance du 4 juin 2012, *Eurofer/Commission*, T-381/11, non encore publiée au *Rec.*, point 59.

¹⁰⁴ Trib., ordonnance du 4 juin 2012, *Eurofer/Commission*, T-381/11, non encore publiée au *Rec.*, point 59. Voy. également, Trib., 12 septembre 2013, *Valeo Vision/Commission*, T-457/11, non encore publié au *Rec.*, point 74, et Trib., 12 septembre 2013, *Palirria Souliotis/Commission*, T-380/11, non encore publié au *Rec.*, point 44.

¹⁰⁵ Trib., 8 mars 2012, T-221/10, non encore publié au *Rec.*, point 46. Cette analyse fut également celle du Tribunal dans l'affaire *Telefónica/Commission* (ordonnance du 21 mars 2012, T-228/10, non encore publiée au *Rec.*, points 43 à 45), qui a donné lieu, sur pourvoi, à l'arrêt de la Cour du 19 décembre 2013 (C-274/12 P, voy. développements *infra*).

à suivre l'interprétation du Tribunal, ces simples formalités, qui peuvent être imprévisibles ou facultatives, devraient conduire à écarter l'application de cet article »¹⁰⁶.

Nous souscrivons à cette position et, contrairement au Tribunal, nous partageons l'idée selon laquelle il convient d'exclure de la condition visant l'absence de mesures d'exécution celles qui sont adoptées par les autorités nationales sans pouvoir d'appréciation. En effet, quelle serait l'utilité de « distinguer la condition de l'affectation directe de la précision relative à l'absence de mesures d'exécution [?] [C]omment peut-on imaginer qu'un particulier puisse être atteint directement par un acte de l'Union si celui-ci nécessite une véritable mesure d'exécution, qu'elle soit européenne ou nationale, alors que, selon une jurisprudence constante de la Cour, pour concerner directement un particulier, l'acte de l'Union doit produire » directement des effets sur la situation juridique du particulier [...] [, sa mise en œuvre] [...] découlant de la seule réglementation communautaire, sans application d'autres règles intermédiaires « [arrêt du 13 mars 2008, *Commission c. Infront WM* (aff. C-125/06 P, *Rec.* p. I-1451, point 47 et jurisprudence citée] » ?¹⁰⁷

L'exemple des aides d'États pris par l'avocat général Wathelet dans le cadre de l'affaire *Stichting Woonpunt e.a. c. Commission*, nous paraît être particulièrement révélateur à cet égard.

En effet, conformément à une jurisprudence constante, la suppression d'une aide illégale par voie de récupération est « la conséquence logique de la constatation de son illégalité »¹⁰⁸. Le seul moyen de défense susceptible d'être invoqué par un État membre contre un recours en manquement introduit par la Commission sur le fondement de l'article 108, paragraphe 2, TFUE est celui

¹⁰⁶ Conclusions présentées par l'avocat général Wathelet le 29 mai 2013 dans l'affaire *Stichting Woonpunt e.a./Commission* (C-132/12 P, non encore publiées au *Rec.*, point 72). Il résulte toutefois de certains arrêts du Tribunal qu'il accepte de ne pas considérer les simples mesures d'information comme des actes d'exécution. Voy. par exemple l'arrêt rendu par le Tribunal le 7 mars 2013 dans l'affaire *Rütgers Germany e.a./ECHA* (T-96/10, non encore publié au *Rec.*) : « 65. En second lieu, s'agissant de la question de savoir si la décision attaquée comporte des mesures d'exécution, il convient de relever que l'identification de la substance en cause comme extrêmement préoccupante [...] déclenche des obligations d'information des requérantes sans que d'autres mesures soient encore nécessaires [...]. 66. La décision attaquée ne comporte donc aucune mesure d'exécution. En particulier, la phase suivante de la procédure d'autorisation consistant en l'inclusion par ordre de priorité des substances candidates dans l'annexe XIV du règlement n° 1907/2006, c'est-à-dire dans la liste des substances soumises à autorisation, ne constitue pas une mesure d'exécution de la décision attaquée. En effet, l'achèvement de la procédure d'identification déclenche des obligations d'information propres qui ne dépendent pas des phases suivantes de la procédure d'autorisation ». Voy. également, à propos de l'incidence d'une mesure transitoire sur l'existence de mesure d'exécution (non), Trib., 25 octobre 2011, *Microban International et Microban (Europe)/Commission*, T-262/10, *Rec.*, p. II-7697.

¹⁰⁷ Conclusions présentées par l'avocat général Wathelet le 29 mai 2013 dans l'affaire *Stichting Woonpunt e.a./Commission* (C-132/12 P, non encore publiées au *Rec.*, point 79).

¹⁰⁸ C.J., 14 avril 2011, *Commission/Pologne*, C-331/09, *Rec.*, p. I-2933, point 54.

d'une impossibilité *absolue* d'exécuter correctement la décision en cause¹⁰⁹. Les mesures de récupération prises par l'État membre ne seront donc, en quelque sorte, que les accessoires nécessaires de la décision litigieuse.

Or, l'assimilation de l'absence de mesures d'exécution à l'affectation directe permet de centraliser l'ensemble du contentieux relatif aux aides d'État devant les juridictions de l'Union européenne, ce qui présente un double avantage : « D'une part, en supprimant la question de l'affectation individuelle et en autorisant de la sorte les bénéficiaires potentiels d'une aide ou les concurrents d'une entreprise bénéficiaire de l'aide à contester la décision de la Commission directement devant la Cour, elle accroît la sécurité juridique. En effet, elle écarte l'incertitude liée à la jurisprudence TWD Textilwerke Deggendorf qui imposait de résoudre au préalable la question de l'affectation individuelle sous peine de se voir opposer l'irrecevabilité d'une question préjudicielle ultérieure [arrêt du 9 mars 1994, aff. C-188/92, *Rec.* p. I-833, point 17]. D'autre part, elle supprime la nécessité d'introduire une procédure nationale pour arriver devant la Cour au moyen d'une question préjudicielle. En d'autres termes, elle autorise une procédure plus directe, et donc plus efficace, plus rapide et plus économe »¹¹⁰.

2. *L'affaire « Telefónica » et l'arrêt de la Cour du 19 décembre 2013*¹¹¹

Ce n'est toutefois pas la voie choisie par la Cour de justice dans l'arrêt qu'elle a rendu le 19 décembre 2013 et dans lequel elle définit pour la première fois la condition relative à l'absence de mesures d'exécution prévue à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE.

De façon logique, la Cour fonde son raisonnement sur l'objectif rappelé précédemment et qui consiste à éviter qu'un particulier soit contraint d'enfreindre le droit pour accéder au juge¹¹². De ce point de départ, la Cour dégage trois lignes directrices en fonction desquelles elle devra apprécier si le Tribunal a commis une erreur de droit en estimant que la décision litigieuse comportait des mesures d'exécution¹¹³.

En premier lieu, lorsqu'un acte réglementaire comporte des mesures d'exécution, « le contrôle juridictionnel du respect de l'ordre juridique de l'Union est

¹⁰⁹ Voy. pour une illustration récente, C.J., 17 octobre 2013, *Commission/Grèce*, C-263/12, non encore publié au *Rec.*

¹¹⁰ Conclusions présentées par l'avocat général Wathelet le 29 mai 2013 dans l'affaire *Stichting Woonpunt e.a./Commission* (C-132/12 P, non encore publiées au *Rec.*, point 78).

¹¹¹ C-274/12 P, non encore publié au *Rec.*

¹¹² Point 27 de l'arrêt.

¹¹³ Point 32 de l'arrêt.

assuré indépendamment de la question de savoir si lesdites mesures émanent de l'Union ou des États membres »¹¹⁴. La Cour rappelle ici l'enseignement qui découle de l'arrêt *Inuit* selon lequel, lorsqu'un particulier ne peut, en raison des conditions de recevabilité de l'article 263 TFUE, attaquer directement devant les juridictions de l'Union un acte réglementaire de l'Union, il est protégé en pouvant attaquer les mesures d'exécution, soit directement devant le juge de l'Union (si la mesure émane d'une institution ou d'un organe de l'Union), soit devant le juge national (s'il s'agit d'une mesure étatique), qui interrogera la Cour par le biais du mécanisme préjudiciel¹¹⁵.

En deuxième lieu, « aux fins d'apprécier le point de savoir si un acte réglementaire comporte des mesures d'exécution, il y a lieu de s'attacher à la position de la personne invoquant le droit de recours [...]. Il est donc sans pertinence de savoir si l'acte en question comporte des mesures d'exécution à l'égard d'autres justiciables »¹¹⁶.

En troisième lieu, « il convient de se référer exclusivement à l'objet du recours et, dans le cas où un requérant ne demande que l'annulation partielle d'un acte, ce sont seulement les mesures d'exécution que cette partie de l'acte comporte éventuellement qui doivent le cas échéant être prises en considération »¹¹⁷.

C'est donc à la lumière de ces précisions que la Cour estime devoir examiner l'éventuelle erreur de droit qu'aurait commis le Tribunal en jugeant que la décision en cause – c'est-à-dire une décision de la Commission selon laquelle une spécificité du régime fiscal espagnol était contraire au marché commun – comportait des mesures d'exécution.

C'est ainsi qu'elle observe, dans un premier temps, que la décision litigieuse ne s'adresse qu'au seul État espagnol, de sorte qu'elle n'est pas obligatoire à l'égard des tiers¹¹⁸.

Ce constat n'est pas neuf. En matière d'aides d'État, le destinataire exclusif d'une décision de la Commission est l'État concerné¹¹⁹. Toutefois, il découle également d'une jurisprudence constante que les bénéficiaires effectifs d'aides individuelles déclarées incompatibles avec le marché commun et dont la récupération est ordonnée pourront contester ces décisions en introduisant un

¹¹⁴ Point 28 de l'arrêt.

¹¹⁵ Points 28 et 29 de l'arrêt.

¹¹⁶ Point 30 de l'arrêt.

¹¹⁷ Point 31 de l'arrêt.

¹¹⁸ Point 34 de l'arrêt.

¹¹⁹ En ce sens, voy. notamment P. VESTERDORF et M. UHD NIELSEN, *State aid law of the European Union*, 1th ed., Sweet & Maxwell et Thomson Reuters, 2008, p. 338, n°8-009.

recours en annulation à l'encontre de celles-ci, ces bénéficiaires étant « de ce fait, individuellement concernés au sens de l'article [263, quatrième alinéa, TFUE] »¹²⁰. La Cour ne semble d'ailleurs pas tirer de véritables conséquences de cette première constatation.

C'est au contraire la deuxième observation de la Cour qui paraît déterminante. Elle estime en effet, dans un deuxième temps, que la disposition attaquée avait pour « objet exclusivement de déclarer l'incompatibilité avec le marché commun du régime en cause »¹²¹. Or, puisque cette disposition « ne définit pas les conséquences spécifiques que cette déclaration [d'illégalité] a pour chacun des contribuables, [ces] conséquences [...] se matérialiseront dans des actes administratifs tels qu'un avis d'imposition, lequel constitue en tant que tel une mesure d'exécution que l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la décision litigieuse "comporte" au sens de l'article 263, quatrième alinéa, dernier membre de phrase, TFUE »¹²².

Il découle donc de cette appréciation que les mesures d'exécution visées à l'article 263, quatrième alinéa, *in fine*, TFUE ne doivent pas être expressément prévues par la disposition mais peuvent n'être, d'une part, qu'implicites et, d'autre part, nationales.

Cette conclusion est cohérente avec le choix de la Cour de limiter son examen à la seule disposition attaquée, et non à la décision dans son intégralité. Pourtant, si l'on prend la décision dans son ensemble, la question de la marge d'appréciation laissée à l'État espagnol resurgit nécessairement, et, avec elle, celle de la réalité « substantielle » des mesures d'exécution à venir.

En effet, non seulement l'article 4 de la décision litigieuse *impose* à l'Espagne de récupérer l'aide incompatible, mais l'article 5 précise encore que la récupération des aides en question doit être *immédiate et effective* et mise en œuvre dans les quatre mois suivant la date de sa notification. Dans ces conditions, si l'ordre de récupération sera, formellement, un acte de l'État espagnol, il nous semble permis de nous interroger sur la décision qui doit être considérée comme produisant, réellement, des effets sur le particulier.

Par ailleurs, en termes d'efficacité juridictionnelle et de sécurité juridique, n'aurait-il pas été préférable de consacrer la compétence du Tribunal pour ce type de contentieux ?

¹²⁰ Parmi de nombreux exemples, C.J., 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere » e.a. c. Commission*, aff. jointes C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, *Rec.*, p. I-4727, point 53. Voy. également P. VESTERDORF et M. UHD NIELSEN, *State aid law of the European Union*, *op. cit.*, p. 340, n°8-011.

¹²¹ Point 35 de l'arrêt.

¹²² Point 35 de l'arrêt.

En effet, autoriser les particuliers à attaquer en annulation les décisions de la Commission relative aux aides d'État accroît nécessairement la sécurité juridique puisque ce type de recours doit être, d'une part, introduit dans un délai strict, et débouche, d'autre part, sur un arrêt de validité ou d'annulation définitif, et ce, au terme d'une procédure unique.

L'option choisie implique, au contraire, le risque d'une multiplication des litiges au niveau national (puisque chaque décision de récupération peut être, le cas échéant, contestée devant le juge national) et, éventuellement, devant la Cour de justice (par renvois préjudiciels). En outre, l'insécurité juridique est accrue dans la mesure où le délai strict de l'article 263 TFUE ne s'applique pas aux litiges relatifs aux mesures d'exécution nationales et où chaque litige peut donner lieu à une décision différente. Enfin, la portée d'un arrêt préjudiciel sera, dans les faits, nécessairement moindre que celui d'un arrêt en annulation, ne serait-ce que vis-à-vis des décisions de récupération nationales devenues définitives avant l'arrêt préjudiciel.

3. *Le droit à une protection juridictionnelle effective*

L'option choisie par la Cour – c'est-à-dire refuser d'assimiler la condition relative à l'absence de mesures d'exécution à celle de l'affectation directe – n'est pas sans incidence sur la protection juridictionnelle des particuliers.

Le premier moyen invoqué par Telefónica à l'appui de son pourvoi visait d'ailleurs expressément une violation de ce principe par le Tribunal. Selon la requérante, il lui était en effet impossible d'attaquer une décision de l'autorité administrative nationale sans commettre, au préalable, une infraction.

Cette situation s'explique par le fait que Telefónica avait, au vu de la décision litigieuse de la Commission, renoncé à appliquer le régime fiscal en cause à deux opérations postérieures au 21 décembre 2007 (date à partir de laquelle l'interdiction de la mesure s'appliquait). Par conséquent, si elle avait voulu demander l'application du régime favorable dans l'unique intention d'accéder à un juge, elle aurait dû le faire en sachant consciemment que ce régime allait lui être refusé puisque, ses acquisitions ayant finalement été réalisées à partir de filiales situées en dehors de l'Espagne, elle n'était plus dans les conditions pour en bénéficier. En outre, il lui est également impossible de demander l'application du régime pour de nouvelles opérations, l'Espagne ayant déjà modifié sa législation en vue de la rendre conforme au droit de l'Union. Telefónica est donc obligatoirement contrainte d'adopter, consciemment, un comportement contraire au droit en vigueur, c'est-à-dire appliquer l'ancien régime fiscal, pour contester une décision nécessairement négative de l'administration fiscale. Sans même parler de comportement infractionnel, il s'agirait là, à tout le moins,

d'un litige qui pourrait être qualifié de « fictif », dans la mesure où les éléments constitutifs de celui-ci seraient réunis dans le seul but de solliciter du juge national qu'il pose une question préjudicielle à la Cour de justice.

Face à ces arguments, sans aller jusqu'à affirmer, comme le soutenait la Commission, qu'il serait « [...] impossible à un particulier de disposer d'un recours en annulation devant le juge de l'Union, quand bien même il s'avérerait que les règles procédurales nationales ne l'autorisent pas à mettre en cause la validité de l'acte contesté qu'après avoir enfreint celui-ci »¹²³, la Cour se contente de rappeler la systématique des voies de recours découlant de l'article 19, paragraphe 1, TUE.

Or, selon la Cour, il ressort de son examen que « [...] la décision litigieuse comporte des mesures d'exécution, dans l'État membre concerné, à l'égard de *Telefónica* »¹²⁴ (alors que celle-ci nous semble avoir démontré le contraire) et que, « [p]ar conséquent, même si *Telefónica* ne peut [...] attaquer directement la décision litigieuse [de la Commission] devant le juge de l'Union, elle peut faire valoir l'invalidité de cette décision devant les juridictions nationales et amener celles-ci à interroger, en application de l'article 267 TFUE, la Cour par la voie de questions préjudicielles, notamment en déférant devant ces juridictions l'acte administratif qui lui refuse le bénéfice d'un amortissement relevant du régime en cause »¹²⁵. Un tel acte étant, selon les explications de *Telefónica*, impossible à son égard, aucune voie de recours ne lui est ouverte.

Indépendamment du cas d'espèce, une telle conséquence, c'est-à-dire l'impossibilité de contester une « mesure d'exécution » nationale prise en application d'un règlement de l'Union sans commettre délibérément une infraction (ou l'introduction d'un litige fictif), n'est pas hypothétique¹²⁶. Une telle rigueur dans l'interprétation de la condition relative à l'absence de mesures d'exécution nous paraît donc créer une brèche supplémentaire dans la prétendue complétude des voies de recours sensées assurer, au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, une protection juridictionnelle *effective* au particulier.

¹²³ Position de la Commission relatée au point 55 de l'arrêt.

¹²⁴ Nous soulignons, point 58 de l'arrêt.

¹²⁵ Point 59 de l'arrêt.

¹²⁶ Cette situation a, par exemple, encore été récemment dénoncée par une société importatrice dans le cadre de l'application du Code des douanes. Le Tribunal a toutefois considéré le recours de la société, fondé sur l'article 263 TFUE, irrecevable, et ce en raison de mesures d'exécution nationales. Dans ce cas d'espèce, outre le doute sur l'existence de réelles décisions d'exécution, les autorités étatiques semblent ne disposer d'aucune marge d'appréciation (T., ordonnance du 4 décembre 2013, *Forgital Italy c. Conseil*, T-438/10, non encore publiée au *Rec.*).

Conclusion

L'ancien article 230 CE a été modifié par le traité de Lisbonne. Une nouvelle possibilité d'agir en annulation a été ajoutée à celles existantes. Conformément à la dernière branche de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, toute personne physique ou morale peut former un recours en annulation « contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ».

Il aura fallu attendre quatre ans, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, pour que la Cour de justice nous donne l'interprétation des deux nouvelles conditions – l'acte réglementaire et l'absence de mesures d'exécution – imposées par cette voie d'action. Entre deux définitions, la Cour a, dans les deux cas, choisi la plus restrictive, réduisant de la sorte la portée de l'ouverture envisageable.

D'aucuns diront que l'interprétation de l'acte réglementaire retenue par la Cour est conforme à la volonté du « constituant ». Certes, mais la modification de l'article 230 CE n'était-elle pas une réponse à un appel de la Cour de justice elle-même,¹²⁷ lui conférant dès lors la légitimité de choisir l'interprétation la plus à même de corriger la lacune dénoncée dix ans plus tôt ?

Quant à la condition relative à l'absence de mesures d'exécution, en confirmant le choix du Tribunal et en refusant d'assimiler cette notion à celle de l'affectation directe, la Cour a, durablement, réduit la portée du nouvel article 263 TFUE à une simple figure de style.

En effet, avec de telles interprétations des conditions de recevabilité du recours en annulation, le particulier ne pourra non seulement pas attaquer directement devant le Tribunal les actes législatifs de l'Union, mais il ne pourra pas non plus s'adresser à lui pour contester l'acte de portée générale adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union, et simplement « mis en œuvre » par un État membre, sans qu'un pouvoir d'appréciation ait été exercé par celui-ci.

Dans ces circonstances, la nécessité, exprimée il y a plus de dix ans par l'avocat général Jacobs, d'avoir un droit relatif à la recevabilité du recours en annulation qui soit « clair, cohérent et aisément compréhensible », n'est certainement pas encore rencontrée. Triste constat.

¹²⁷ Voy. les développements *supra* relatifs aux arrêts *Jégo-Quéré* et *Unión de pequeños agricultores* (point II).

CHAPITRE 2. SANCTIONS, JUGES DE L'UNION, JUGES NATIONAUX ET CEDH : NOUVELLES PERSPECTIVES DU CONTENTIEUX EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE

Georges VALLINDAS¹

Introduction

Le contrôle juridictionnel des actes de l'administration européenne est un droit fondamental protégé notamment par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Un tel droit trouve tout son sens notamment lorsque la Commission européenne, dans son rôle de police administrative de la concurrence au niveau de l'Union, décide d'imposer de façon directe des sanctions à l'encontre d'entreprises. En effet, entre 1990 et juillet 2013, la Commission a imposé, dans le cadre de l'article 101 TFUE (ex-articles 85 CEE, puis 81 CE), des amendes d'un montant de plus de 19,2 milliards d'euros².

Il peut sembler paradoxal que, tout en prônant une économie libre, le droit de la concurrence limite la liberté des entreprises. Mais ce postulat concerne toutes les libertés dans une société démocratique, dans laquelle on limite les libertés individuelles afin de préserver la liberté elle-même³. Traditionnellement, les décisions qui mettent en œuvre les règles juridiques destinées à protéger le processus concurrentiel relèvent d'une autorité administrative qui agit en tant que police administrative. La mise en place de sanctions qui s'appliquent en cas de

¹ L'auteur est Docteur en Droit (Faculté de Droit d'Aix en Provence, Aix Marseille Université) et Référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne. L'ensemble des analyses sont propres à l'auteur. Il peut être contacté à l'adresse georges@vallindas.eu.

² Les présentes statistiques sont calculées sur la base de la documentation publiée par la Commission <<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>> mise à jour le 22 octobre 2013. Les trois affaires ayant donné lieu aux amendes les plus élevées, à la date du 25 septembre 2013, étaient le cartel des tubes cathodiques (2012), pour 1,47 milliards d'euros, le cartel des vitres de voitures pour 1,34 milliards (2008), et le cartel des ascenseurs pour 832 millions d'euros (2007). Concernant les amendes par entreprise, Saint Gobain (cartel vitres de voitures) a eu une amende de 880 millions, Philips une amende de 705 millions et LG de 687 millions dont 391 millions conjointement et solidairement (cartel tubes cathodiques).

³ Voy. en sens A. JONES et B. SUFRIN, *EC Competition Law - Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2001, not. pp. 4 et s.

violation des règles de concurrence a pour objectif principal de dissuader les acteurs du marché d'adopter de tels comportements⁴. Dans ce contexte, le contrôle de légalité opéré par le juge est une composante essentielle de l'État de droit, mais ce contrôle est également nécessaire à la légitimité de règles juridiques qui s'immiscent dans la sphère économique, puisque, comme certains auteurs l'ont constaté, la Cour de justice traite principalement de questions relatives à l'intervention économique⁵.

L'enjeu d'un contrôle juridictionnel effectif est majeur, puisqu'il est directement lié à l'existence d'une communauté de droit. L'État de droit implique en effet la soumission de l'action des pouvoirs publics au droit et à la sanction d'un juge indépendant⁶. L'Union européenne étant une communauté de droit⁷, le contrôle par la Cour et le Tribunal de la légalité des actes de la Commission apparaît comme un élément essentiel de cette construction⁸. Les transferts de compétence consentis par les États membres au profit de l'Union ne sauraient entraîner un affaiblissement de la protection juridictionnelle des particuliers, conformément à la théorie allemande de la congruence structurelle (*Strukturelle Kongruenz*), selon laquelle, pour que des droits de souveraineté puissent être transférés à une institution internationale, il faut que celle-ci corresponde approximativement au modèle démocratique de l'État de droit, tel qu'il est organisé en Allemagne⁹.

Si cette répartition des pouvoirs entre le juge et l'administration peut s'expliquer par la tradition ordolibérale européenne, ainsi que par la tradition constitutionnelle ou législative commune à de nombreux États membres consacrant les autorités administratives indépendantes, elle a comme conséquence de concentrer les pouvoirs d'enquête, d'instruction, de décision et de sanction entre les mains de la Commission. C'est pour cette raison que le contrôle juridictionnel

⁴ À cet égard, les écrits de Becker sont la référence théorique en la matière, voy. notamment G. S. BECKER, « Crime and Punishment : An Economic Approach », *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169. Voy. également G.E. LYNCH, « The Role of Criminal Law in Policing Corporate Misconduct », *Law and Contemporary Problems*, 1997, p. 23.

⁵ A. DE LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ, *Droit public économique*, coll. Précis Dalloz, Paris, Dalloz, 1986, notamment p. 84.

⁶ J. CHEVALIER, « L'État de Droit », *Revue de Droit Public*, 1988, p. 313.

⁷ C.J., 23 avril 1986, *Les Verts/Parlement*, 294/83, *Rec.*, p. 1339, point 23. Voy. également conclusions de l'avocat général Darmon, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour du 15 mai 1986, *Johnston*, 222/84, *Rec.* 1986 p. 1651.

⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 1997, p. 50 ; J. RIDEAU, « Communauté de droit et États de droit », in *Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, p. 249 ; J.-P. JACQUÉ, « Cours général de droit communautaire », in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1990, Vol. I-1, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 237, spéc. p. 277.

⁹ Th. DE BERRANGER, *Constitutions nationales et construction communautaire*, Paris LGDJ, 1995, not. p. 299 ; Par ailleurs, la jurisprudence « Solange » est très instructive sur ce point.

effectif exercé par le juge de l'Union sur les sanctions imposées pour violation du droit européen de la concurrence est l'élément clé qui légitime le système juridique mis en place par les Traités.

À cet égard il convient de constater dès à présent que le contrôle juridictionnel exercé par les juridictions de l'Union a, sur la période allant de 1990 au mois d'octobre 2013, ramené les amendes prononcées par la Commission à l'encontre de cartels à un peu plus de 17,4 milliards d'euros, soit une réduction substantielle de 1,8 milliards d'euros. Le contrôle des juges de l'Union sur les sanctions du droit de la concurrence est donc indiscutablement effectif.

Si le contrôle sur les sanctions adoptées par la Commission lors de la phase administrative semble aujourd'hui être bien établi, la future adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après la « CEDH » ou la « Convention »)¹⁰ soulève toutefois de nombreuses questions qui, même si elles ne sont pas entièrement nouvelles, se posent avec une pertinence imminente.

De plus, à la suite de la décentralisation de la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE, opérée par le règlement 1/2003¹¹, en faveur des juridictions nationales, ainsi que de la montée en puissance progressive du *private enforcement* au niveau des États membres, le juge de l'Union doit aujourd'hui, parallèlement à son traditionnel rôle de contrôle de la légalité de l'adoption de sanctions par la Commission, se préparer à exercer un rôle de préservation de la cohérence ainsi que de l'articulation rationnelle du droit européen de la concurrence avec sa mise en œuvre nationale. En effet, bien qu'intervenant dans le cadre d'actions en responsabilité à l'encontre des entreprises ayant participé à l'infraction, il s'agit bien, en définitive, de sanctions que le juge national va adopter du fait de la violation du droit de l'Union. Ces nouvelles sanctions, par nature décentralisées, échappent au contrôle classique exercé par la Commission et les juges de l'Union, qui sont appelés pourtant à maîtriser leur évolution afin de s'assurer qu'elles puissent être adoptées de façon cohérente dans l'ensemble des 28 États membres et dans le respect des droits fondamentaux.

Ce double mouvement descendant, par la décentralisation vers les États membres, et ascendant, par la future adhésion à la CEDH, et, en tout état de cause, l'impérialisme des droits fondamentaux, constituent un vaste terrain de

¹⁰ Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14, disponible sur <<http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/005.htm>>.

¹¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [81 CE] et [82 CE], *J.O. L 1*, p. 1.

jeu aux interactions multiples déjà révélatrices des défis qu'elles constituent pour les juridictions de l'Union.

Le présent article porte sur les problématiques actuelles auxquelles les juges de l'Union sont confrontés en matière de sanctions en droit de la concurrence, à l'exception des questions spécifiques relatives à la compétence de pleine juridiction et aux aides d'État, problématiques faisant en effet l'objet d'études distinctes au sein du présent ouvrage. Plus particulièrement, nous évoquerons, dans la présente contribution, la jurisprudence et les développements les plus récents relatifs aux mouvements ascendants et descendants précédemment décrits, lesquels tracent le chemin, voire *les* chemins, de l'évolution des sanctions du droit de la concurrence de l'Union.

I. – Le contentieux de l'Union portant sur les sanctions du droit de la concurrence face à un mouvement ascendant : l'adhésion de l'UE à la CEDH

Si le respect par l'UE des principes de la CEDH semble depuis longtemps acquis, la future adhésion de l'Union confrontera pour la première fois le modèle institutionnel et de sanctions du droit de la concurrence de l'Union à une appréciation extérieure. On peut ainsi légitimement se demander si les interprétations faites jusqu'à présent par la Cour de justice en ce qui concerne l'application des articles de la Convention et de la jurisprudence même de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après également la « Cour eur. D.H. »), sur les mécanismes de sanctions du droit de la concurrence de l'Union seront confirmées. Il convient de faire brièvement le point sur les dernières évolutions relatives à l'adhésion de l'Union à la CEDH (A) avant d'examiner, dans le cadre d'un examen du contentieux de l'Union, les interactions de celle-ci avec le régime de sanctions du droit de la concurrence de l'Union (B).

A. État des négociations d'adhésion (Novembre 2013)

L'Union européenne et le Conseil de l'Europe sont parvenus en avril 2013 à finaliser le projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la CEDH. Les négociations sont ouvertes depuis juillet 2010 entre la Commission et le Conseil de l'Europe, et après des prises de position de différentes personnalités et institutions (présidents de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour eur. D.H., résolution du Parlement européen) un projet d'accord a été atteint.

Si l'avis de la Cour de justice peut être raisonnablement attendu vers l'été 2014, la durée du processus de décision politique reste aléatoire¹².

Cette adhésion a beaucoup été débattue depuis le début des années 70. L'Union dispose ainsi d'une délégation permanente auprès du Conseil de l'Europe, même si elle ne fait pas partie intégrante de ce Conseil. Avec le traité de Lisbonne, un premier pas décisif vers l'adhésion de l'UE a été franchi, puisque les États-membres ont établi une obligation pour l'UE d'adhérer à la Convention à l'article 6, paragraphe 2, du TUE, lequel énonce : « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. [...] ». Ainsi, pour la première fois, l'UE s'est vu octroyer une compétence claire aux fins de son adhésion à la CEDH. De leur côté, le Conseil de l'Europe et les États qui en font partie ont adopté un protocole additionnel n° 14 à la Convention¹³, signé en 2004 et entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, qui donne une base juridique à l'adhésion de l'UE à la Convention en modifiant le paragraphe 2 de l'article 59 de la Convention, intitulé « signature et ratification » qui énonce : « L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention ».

En ce qui concerne l'adhésion de l'UE à la Convention, l'article 218, paragraphes 6 et 8, TFUE, issu du traité de Lisbonne, prévoit une procédure spéciale : le Parlement devra approuver le traité d'adhésion tout comme le Conseil qui statuera à l'unanimité. Ensuite, sera nécessaire une ratification par tous les États membres de l'Union sur le modèle des traités européens, selon leurs règles constitutionnelles propres. La procédure sera plus compliquée au Conseil de l'Europe. Le traité d'adhésion adaptera les règles de procédure devant la Cour à la particularité de l'Union et il devra être ratifié par les 47 États du Conseil de l'Europe (dont les 28 États de l'Union qui, en réalité, le ratifieront en même temps pour l'UE et le Conseil de l'Europe). Il reste donc de nombreuses étapes juridiques et politiques à franchir avant que tout citoyen de l'Union puisse saisir la Cour de Strasbourg d'une violation, par l'UE, de ses droits fondamentaux.

La spécificité de l'ordre juridique de l'UE soulève bien évidemment des questions plus ou moins complexes. L'ordre juridique de l'Union sera traité comme un ordre juridique national au sein du système de la Convention et la Cour de justice aura le même statut qu'une juridiction suprême nationale devant la Cour de Strasbourg. Toutefois, se pose notamment la question de l'articulation des recours, puisque la saisine de la Cour eur. D.H. ne peut se faire qu'à condition

¹² Pour plus d'informations sur le processus d'adhésion, voy. <<http://hub.coe.int/fr/what-we-do/human-rights/eu-accession-to-the-convention/>>.

¹³ Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendement le système de contrôle de la Convention, STCE no. : 194.

d'avoir épuisé les voies de recours internes. Les parties pourront former des recours devant la Cour eur. D.H. une fois que la Cour de justice aura rendu un arrêt dans le cas des recours directs devant les juridictions de l'UE. Cette condition peut, en revanche, poser problème dans le cadre des recours indirects, c'est-à-dire en cas de demande de décision préjudicielle devant la Cour de justice. Si la question préjudicielle a été transmise par le juge national, la condition est considérée comme étant remplie. Si, toutefois, une question préjudicielle n'a pas été transmise, alors qu'une question d'interprétation du droit de l'Union était soulevée dans l'affaire, un consensus semble se dégager pour que, dans un tel cas, lors du recours devant la Cour eur. D.H., la Cour de justice puisse au préalable traiter la question. Ainsi elle pourrait s'autosaisir et statuer avant la Cour eur. D.H. qui statuera alors en tenant compte de cette décision, mais les contours de ce mécanisme doivent encore être précisés.

Alors que l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH semble acquise, la Cour est déjà amenée depuis longtemps à traiter des moyens qui s'y réfèrent en matière de régime des sanctions du droit de la concurrence de l'Union. Si la coopération établie de longue date entre les Cours de Luxembourg et de Strasbourg, qui s'est accentuée avec la mise en route du processus d'adhésion, permet d'envisager cette nouvelle ère dans un esprit constructif et progressif, l'invocation systématique dans les affaires de concurrence à Luxembourg de nombreux moyens tirés d'éventuelles violations des droits fondamentaux, tels qu'appliqués par la Cour de Strasbourg font du domaine spécifique des sanctions du droit de la concurrence une problématique particulièrement sensible.

B. Interprétations récentes de la CEDH par la Cour de justice en matière de sanctions

En matière de concurrence, la concentration des pouvoirs entre les mains de la Commission constitue l'argument de base des entreprises visant à remettre en cause le modèle institutionnel européen de la concurrence.

Dans son arrêt du 18 juillet 2013 dans l'affaire *Schindler Holding*¹⁴, la Cour a adopté une position claire défendant le modèle institutionnel de mise en œuvre du droit de la concurrence de l'Union, et notamment l'adoption et le contrôle des sanctions en la matière. La Cour a, en effet, considéré que l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne n'a pas modifié les règles juridiques applicables, la Commission restant l'institution administrative chargée d'adopter les

¹⁴ C.J., 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a./Commission*, C 501/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 30 à 68.

sanctions en matière de concurrence. Si, comme le confirme l'article 6, paragraphe 3, TUE, les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et si l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne impose de donner aux droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la CEDH le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention, cette dernière ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union¹⁵. En tout état de cause, contrairement à ce que faisaient valoir les requérantes dans cette affaire, le fait que les décisions infligeant des amendes en matière de concurrence soient adoptées par la Commission n'est pas en soi contraire à l'article 6 de la CEDH tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'Homme. À cet égard la Cour de justice a relevé que, dans son arrêt *Menarini*¹⁶, relatif à une sanction infligée par l'autorité italienne de la concurrence en raison de pratiques anticoncurrentielles, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que, compte tenu du montant élevé de l'amende infligée, la sanction relevait, par sa sévérité, de la matière pénale. La Cour européenne des droits de l'Homme a cependant rappelé, au point 58 dudit arrêt, que confier à des autorités administratives la tâche de poursuivre et de réprimer les contraventions aux règles de concurrence n'est pas incompatible avec la CEDH, pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties prévues à l'article 6 de la CEDH. Au point 59 de son arrêt *Menarini*, la Cour européenne des droits de l'Homme a précisé que le respect de l'article 6 de la CEDH n'exclut pas que, dans une procédure de nature administrative, une « peine » soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions prévues à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction. Parmi les caractéristiques d'un tel organe figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. L'organe judiciaire doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi. Or, statuant sur le principe de protection juridictionnelle effective, principe général du droit de l'Union qui est aujourd'hui exprimé à l'article 47 de la Charte et qui correspond, dans le droit de l'Union, à l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, la Cour de justice a jugé que, outre le contrôle de légalité prévu

¹⁵ Voy. C.J., 24 avril 2012, *Kamberaj*, C-571/10, non encore publié au *Rec.*, point 62, et C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.*, point 44.

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt du 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italie*, 43509/08.

par le traité TFUE, le juge de l'Union dispose d'une compétence de pleine juridiction qui lui est reconnue par l'article 31 du règlement n° 1/2003, conformément à l'article 261 TFUE, et qui l'habilite à substituer son appréciation à celle de la Commission et, en conséquence, à supprimer, à réduire ou à majorer l'amende ou l'astreinte infligée¹⁷. Le contrôle prévu par les traités impliquant que le juge de l'Union exerce un contrôle tant de droit que de fait et qu'il ait le pouvoir d'apprécier les preuves, d'annuler la décision attaquée et de modifier le montant des amendes, la Cour a conclu qu'il n'apparaît dès lors pas que le contrôle de légalité prévu à l'article 263 TFUE, complété par la compétence de pleine juridiction quant au montant de l'amende, prévu à l'article 31 du règlement n° 1/2003, soit contraire aux exigences du principe de protection juridictionnelle effective qui figure actuellement à l'article 47 de la Charte.

Par cet arrêt, la Cour a donc procédé à l'interprétation de la jurisprudence *Menarini* de la Cour eur. D.H., transposant le raisonnement opéré envers l'autorité italienne de la Concurrence à la Commission et au Tribunal. Il est à relever qu'un tel raisonnement s'éloigne définitivement de l'approche précédemment retenue par la Cour, et souvent oubliée, qui consistait à dire que la CEDH ne pouvait pas s'appliquer à la Commission en matière de concurrence du fait que celle-ci ne pouvait être qualifiée de « tribunal » au sens de l'article 6 de la Convention¹⁸.

Par ailleurs, dans le même arrêt, la Cour a dû également se prononcer sur la compatibilité des sanctions en matière de concurrence avec le principe de légalité des délits et des peines. Ainsi que la Cour l'a rappelé, ce principe exige que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment¹⁹. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la clarté de la loi s'apprécie au regard non seulement du libellé de la disposition pertinente, mais également des précisions apportées par une jurisprudence constante et publiée²⁰. Le fait qu'une loi confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à l'exigence de prévisibilité, à condition que l'étendue et les modalités d'exercice d'un tel pouvoir se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire²¹. Selon la jurisprudence de la Cour, si l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 laisse à la Commission une marge d'appréciation, il en limite néanmoins l'exercice en instaurant des

¹⁷ C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10 P, non encore publié au *Rec.*, points 63 à 67.

¹⁸ Voy. C.J., 29 octobre 1980, *Van Landewyck/Commission*, 209 à 215 et 218/78, *Rec.*, p. 3125, point 81.

¹⁹ C.J., 17 juin 2010, *Lafarge/Commission*, C-413/08 P, *Rec.*, p. 1-5361, point 94.

²⁰ Voy., en ce sens, Cour eur. D.H., arrêt *G./France*, 27 septembre 1995, série A, n° 325-B, § 25.

²¹ Cour eur. D.H., arrêt *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, 25 février 1992, série A, n° 226, § 75.

critères objectifs auxquels celle-ci doit se tenir. Ainsi, d'une part, le montant de l'amende susceptible d'être imposée à une entreprise connaît un plafond chiffrable et absolu, de sorte que le montant maximal de l'amende pouvant être infligée à une entreprise donnée est déterminable à l'avance. D'autre part, l'exercice de ce pouvoir d'appréciation est également limité par les règles de conduite que la Commission s'est elle-même imposées dans la communication sur la coopération de 2002 et dans les lignes directrices de 1998. En outre, la pratique administrative connue et accessible de la Commission est soumise à l'entier contrôle du juge de l'Union, dont la jurisprudence constante a permis de préciser les notions que pouvait contenir ledit article 23, paragraphe 2. Un opérateur avisé peut ainsi, en s'entourant au besoin des services d'un conseil juridique, prévoir de manière suffisamment précise la méthode de calcul et l'ordre de grandeur des amendes qu'il encourt pour un comportement donné, et le fait que cet opérateur ne puisse, à l'avance, connaître avec précision le niveau des amendes que la Commission infligera dans chaque espèce ne saurait constituer une violation du principe de légalité des peines²². Le pouvoir d'appréciation de la Commission à la lumière, notamment, des critères objectifs, des principes généraux du droit et des lignes directrices auxquels la Commission doit se tenir a donc amené le Tribunal et la Cour à rejeter l'exception d'illégalité soulevée à l'encontre de l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, tirée d'une violation du principe de légalité des peines²³.

Il est intéressant d'observer que, dès le mois d'octobre 2013, par son arrêt *Kone*²⁴, la Cour s'est référée à cette nouvelle jurisprudence *Schindler Holding*, et notamment à son point 35, expliquant que d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le respect de l'article 6 de la CEDH n'exclut pas que, dans une procédure de nature administrative, une « peine » soit imposée d'abord par une autorité administrative qui est soumise au contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction. Parmi les caractéristiques d'un tel organe, toujours d'après la même jurisprudence, figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. L'organe judiciaire doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi²⁵. Cet arrêt vient confirmer la multiplication récente des références à la CEDH opérées par les conseils des entreprises accusées

²² Voy. également, en ce sens, C.J., 22 mai 2008, *Evonik Degussa/Commission*, C-266/06 P, *Rec.*, p. I-81*, points 50 à 55.

²³ C.J., 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a./Commission*, C 501/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 30 à 68.

²⁴ C.J., 24 octobre 2013, *Kone e.a./Commission*, C-510/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 20 à 32.

²⁵ Cour eur. D. H., arrêt A. Menarini, *op. cit.*, § 59

de violations du droit européen de la concurrence et souligne l'importance que l'adhésion à la CEDH pourrait avoir en la matière.

Par ailleurs, la Cour de justice a rappelé que l'analyse par le juge de l'Union des moyens soulevés dans le cadre d'un recours en annulation n'a ni pour objet ni pour effet de remplacer une instruction complète de l'affaire dans le cadre d'une procédure administrative. Une telle limitation du contrôle juridictionnel étant, toutefois, inhérente à la notion de contrôle de légalité, elle ne saurait être comprise comme limitant indûment le contrôle de légalité que le juge de l'Union est habilité à exercer²⁶. En effet, lorsque le juge de l'Union est appelé à contrôler la légalité des décisions de la Commission imposant des amendes en cas d'infractions aux règles de concurrence de l'Union, il ne saurait empiéter sur la marge d'appréciation dont la Commission dispose dans le cadre de la procédure administrative en substituant sa propre évaluation de circonstances économiques complexes à celle de la Commission, mais doit démontrer, le cas échéant, que cette dernière est parvenue à ses conclusions d'une manière qui n'est pas légalement fondée²⁷. Par ailleurs, l'absence de contrôle d'office de l'ensemble de la décision attaquée ne viole pas le principe de protection juridictionnelle effective. Il n'est pas indispensable au respect de ce principe que le Tribunal, certes tenu de répondre aux moyens soulevés et d'exercer un contrôle tant de droit que de fait, soit tenu de procéder d'office à une nouvelle instruction complète du dossier²⁸.

Bien que ces appréciations ne soient pas nouvelles, elles sont, dans la présente affaire *Kone*, articulées autour de la légitimité et légalité conventionnelle de la concentration de pouvoirs entre les mains de la Commission. Ainsi, il est légitime de se demander si les limitations que la Cour de justice reconnaît au contrôle juridictionnel opéré au sein de l'Union seront acceptées par la Cour eur. D.H. En effet, la jurisprudence *Menarini* n'envisage pas du tout de tels arguments bien que ceux-ci semblent entièrement fondés dans le cadre du système d'ensemble mis en place par les traités en matière de concurrence.

Dans son arrêt du 26 novembre 2013 dans l'affaire *Groupe Gascogne*²⁹, la Cour a été amenée à prendre position sur la possibilité de réduire la sanction prononcée par la Commission du fait du délai déraisonnable pris par le Tribunal dans le traitement de l'affaire en première instance. Afin d'y répondre,

²⁶ Voy., en ce sens, C.J., 2 septembre 2010, *Commission/Deutsche Post*, C-399/08 P, *Rec.*, p. I-7831, point 84 et jurisprudence citée.

²⁷ Voy., en ce sens, C.J., 29 juin 2010, *Commission/Alrosa*, C-441/07 P, *Rec.*, p. I-5949, point 67.

²⁸ C.J., 24 octobre 2013, *Kone e.a./Commission*, C-510/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 20 à 32, C.J., 8 décembre 2011, *KME Germany e.a./Commission*, *op. cit.*, point 106, et C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, *op. cit.*, point 66.

²⁹ C.J., 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne/Commission*, C-58/12 P, non encore publié au *Rec.*, points 72 à 96.

la Cour s'est fondée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, selon laquelle le dépassement d'un délai de jugement raisonnable, en tant qu'irrégularité de procédure constitutive de la violation d'un droit fondamental, doit ouvrir à la partie concernée un recours effectif lui offrant un redressement approprié³⁰. La Cour avait déjà jugé que, en l'absence de tout indice selon lequel la durée excessive de la procédure devant le Tribunal aurait eu une incidence sur la solution du litige, le non-respect d'un délai de jugement raisonnable ne saurait conduire à l'annulation de l'arrêt attaqué³¹. Cette jurisprudence est fondée notamment sur la considération selon laquelle, en l'absence d'incidence sur la solution du litige du non-respect d'un délai de jugement raisonnable, l'annulation de l'arrêt attaqué ne remédierait pas à la violation, par le Tribunal, du principe de protection juridictionnelle effective. Or, en l'espèce, la requérante n'avait fourni à la Cour 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. La requérante faisait cependant valoir que la longueur excessive de la procédure devant le Tribunal a entraîné pour elle des conséquences financières et a demandé à ce titre l'annulation de l'amende dont elle est tenue pour responsable conjointement et solidairement. À cet égard, compte tenu de la nécessité de faire respecter les règles de concurrence du droit de l'Union, la Cour a considéré qu'elle ne saurait permettre, au seul motif de la méconnaissance d'un délai de jugement raisonnable, à la partie requérante de remettre en question le bien-fondé ou le montant d'une amende alors que l'ensemble des moyens dirigés contre les constatations opérées par le Tribunal au sujet du montant de cette amende et des comportements qu'elle sanctionne ont été rejetés. Il s'ensuit que le non-respect d'un délai de jugement raisonnable dans le cadre de l'examen d'un recours juridictionnel introduit contre une décision de la Commission infligeant une amende à une entreprise pour violation des règles de concurrence du droit de l'Union ne saurait conduire à l'annulation, totale ou partielle, de l'amende infligée par cette décision.

Pour autant que la requérante demandait, à titre subsidiaire, une réduction de l'amende dont elle est tenue pour responsable conjointement et solidairement en tant que compensation du préjudice économique qu'elle prétend avoir subi en raison de la durée excessive de la procédure devant le Tribunal, la Cour, dans le cadre d'une affaire concernant une décision de la Commission

³⁰ Voy., Cour eur. D.H., *arrêt Kudla/Pologne*, 26 octobre 2000, *Rec. des arrêts et décisions* 2000 XI, §§ 156 et 157.

³¹ Voy., en ce sens, C.J., 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commission*, C-385/07 P, *Rec.*, p. I-6155, points 190 à 196 ainsi que la jurisprudence citée.

constatant l'existence d'un abus de position dominante, mais n'infligeant pas d'amende, avait déjà jugé que le non-respect, par le Tribunal, d'un délai de jugement raisonnable peut donner lieu à une demande en indemnité. En effet, une demande en indemnité introduite contre l'Union sur le fondement des articles 268 et 340, deuxième alinéa, TFUE constitue, en ce qu'elle peut couvrir toutes les situations de dépassement du délai raisonnable d'une procédure, un remède effectif et d'application générale pour faire valoir et sanctionner une telle violation. La Cour a donc décidé dans cette arrêt *Groupe Gascogne* qu'une violation, par une juridiction de l'Union, de son obligation résultant de l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte de juger les affaires qui lui sont soumises dans un délai raisonnable doit trouver sa sanction dans un recours en indemnité porté devant le Tribunal, un tel recours constituant un remède effectif. Il s'ensuit qu'une demande visant à obtenir réparation du préjudice causé par le non-respect, par le Tribunal, d'un délai de jugement raisonnable ne peut être soumise directement à la Cour dans le cadre d'un pourvoi, mais doit être introduite devant le Tribunal lui-même.

Cet arrêt signe ainsi définitivement la fin de la jurisprudence *Baustahlgewebe* dans le cadre de laquelle, dans un premier temps, la Cour, confrontée à une situation similaire, avait fait droit à une demande de réduction d'amende pour des raisons d'économie de procédure et afin de garantir un remède immédiat et effectif³². En procédant ainsi, dans cet arrêt *Groupe Gascogne*, la Cour a respecté sa jurisprudence classique qui procède à une lecture systémique de l'ensemble des voies de recours disponibles dans le contentieux du droit de l'Union européenne. Réduire la sanction, adoptée par la Commission dans le but de punir une violation du droit de la concurrence et d'assurer un effet dissuasif, du fait que le Tribunal n'a pas respecté un délai raisonnable en opérant son contrôle juridictionnel serait en effet difficilement compréhensible. En revanche, le Tribunal, par son comportement autonome, est susceptible d'engager la responsabilité de l'Union, c'est-à-dire sans que cela se répercute directement sur la sanction adoptée du fait de la violation du droit européen de la concurrence. À ce stade, on pourrait s'interroger sur le choix de laisser le Tribunal décider lui-même de sa propre responsabilité. Toutefois, la Cour, consciente de ce problème, a donné des indications très précises sur la façon dont il convient d'apprécier la durée d'une procédure juridictionnelle.

Ainsi, la Cour a spécifié les critères permettant d'apprécier si le Tribunal a respecté le principe du délai raisonnable en rappelant que le caractère raisonnable du délai de jugement doit être apprécié en fonction des circonstances

³² C.J., 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417, point 48.

propres à chaque affaire, telles que la complexité du litige et le comportement des parties³³. À cet égard, la Cour a précisé que la liste des critères pertinents n'est pas exhaustive et que l'appréciation du caractère raisonnable dudit délai n'exige pas un examen systématique des circonstances de la cause au regard de chacun de ces critères lorsque la durée de la procédure apparaît justifiée au regard d'un seul de ceux-ci. Ainsi, la complexité de l'affaire ou un comportement dilatoire du requérant peut être retenu pour justifier un délai de prime abord trop long. Lors de l'examen de ces critères, il convient de tenir compte du fait que, en cas de litige sur l'existence d'une infraction aux règles de concurrence, l'exigence fondamentale de sécurité juridique dont doivent bénéficier les opérateurs économiques ainsi que l'objectif d'assurer que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur présentent un intérêt considérable non seulement pour le requérant lui-même et pour ses concurrents, mais également pour les tiers, en raison du grand nombre de personnes concernées et des intérêts financiers en jeu. Il appartiendra également au Tribunal d'apprécier tant la matérialité du dommage invoqué que le lien de causalité de celui-ci avec la durée excessive de la procédure juridictionnelle litigieuse en procédant à un examen des éléments de preuve fournis à cet effet. À cet égard, la Cour a souligné qu'il incombe au Tribunal, conformément à l'article 340, deuxième alinéa, TFUE, de prendre en considération les principes généraux applicables dans les ordres juridiques des États membres pour traiter les recours fondés sur des violations similaires. Dans ce contexte, le Tribunal doit notamment rechercher s'il est possible d'identifier, outre l'existence d'un préjudice matériel, celle d'un préjudice immatériel qui aurait été subi par la partie affectée par le dépassement de délai et qui devrait, le cas échéant, faire l'objet d'une réparation adéquate. Il appartient dès lors au Tribunal, compétent en vertu de l'article 256, paragraphe 1, TFUE, de se prononcer sur de telles demandes d'indemnité, en statuant dans une formation différente de celle qui a eu à connaître du litige ayant donné lieu à la procédure dont la durée est critiquée et en appliquant les critères définis par la Cour dans son arrêt sur pourvoi.

Au-delà d'un simple rappel des critères d'appréciation de la durée d'une procédure juridictionnelle, la Cour, au point 91 de l'arrêt *Groupe Gascogne*, affirme que la durée de la procédure devant le Tribunal, qui s'est élevée à près de 5 ans et 9 mois, ne peut être justifiée par aucune des circonstances propres à l'affaire ayant donné lieu au litige. Il s'avère, notamment, que la période comprise entre la fin de la procédure écrite, avec le dépôt, en février 2007, du mémoire en duplique de la Commission, et l'ouverture, au cours du mois de décembre 2010,

³³ Voy., notamment, C.J., 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commission*, C-385/07 P, *Rec.*, p. I-6155, points 181 à 186 et la jurisprudence citée.

de la procédure orale a duré environ 3 ans et 10 mois. La longueur de cette période ne saurait s'expliquer par les circonstances de l'affaire, qu'il s'agisse de la complexité du litige, du comportement des parties ou encore de la survenance d'incidents procéduraux. S'agissant de la complexité du litige, la Cour a considéré qu'il ressortait de l'examen du recours introduit par la requérante que, tout en exigeant un examen approfondi, les moyens invoqués ne présentaient pas un degré de difficulté particulièrement élevé. Même s'il est vrai qu'une quinzaine de destinataires de la décision litigieuse ont introduit des recours en annulation à l'encontre de celle-ci devant le Tribunal, cette circonstance n'a pas pu empêcher cette juridiction de faire la synthèse du dossier et de préparer la procédure orale dans un laps de temps inférieur à 3 ans et 10 mois. Au cours dudit laps de temps, la procédure n'a pas été interrompue ni retardée par l'adoption, par le Tribunal, d'une quelconque mesure d'organisation de celle-ci. Pour ce qui est du comportement des parties et de la survenance d'incidents procéduraux, le fait que la requérante a demandé, au cours du mois d'octobre 2010, la réouverture de la procédure écrite ne saurait justifier le délai de 3 ans et 8 mois qui s'était déjà écoulé depuis la clôture de celle-ci. La Cour en conclut que la procédure suivie devant le Tribunal a violé l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte en ce qu'elle a méconnu les exigences liées au respect du délai de jugement raisonnable, ce qui constitue une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers³⁴.

La Cour va ainsi définitivement juger que le critère le plus difficile à satisfaire afin d'engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union est bien établi dans la présente affaire, laissant au Tribunal le soin de traiter la question de la détermination du dommage et du lien de causalité. Toutefois, bien que le raisonnement de la Cour soit compréhensible et pleinement légitime dans le cadre exclusif de l'ordre juridique de l'Union et de sa jurisprudence historique, on peut se demander ce que la Cour eur. D.H. estimera du fait que l'auteur de la violation/du fait déclencheur de la responsabilité de l'Union est l'institution chargée de décider de sa propre éventuelle condamnation. Enfin, restera toujours ouverte la question du montant de dommages accordé. La compatibilité de cette situation avec les dispositions pertinentes de la CEDH se posera certainement. Il convient nonobstant de souligner à l'égard de ces critiques, d'une part la volonté claire du Tribunal, exprimée par les réformes internes et les bons résultats statistiques des dernières années, d'accélérer le traitement des affaires et, d'autre part, la forte évolution de la composition des chambres de la juridiction, mais également des juges siégeant au Tribunal.

³⁴ C.J., 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil/Commission*, C-352/98 P, *Rec.*, p. I-5291, point 42.

En tout état de cause, la Cour, en décidant de reconnaître le caractère autonome des sanctions adoptées à la suite d'une violation du droit de la concurrence de l'Union, a par la même occasion confirmé la légitimité du modèle institutionnel de l'Union en matière de concurrence, ainsi qu'elle l'avait déjà explicitement effectué dans l'arrêt *Schindler Holding*³⁵ : d'une part, l'autorité administrative de la concurrence qui traite l'affaire et adopte les éventuelles sanctions et, d'autre part, le Tribunal qui assure le contrôle de légalité de ces décisions avec un pouvoir de pleine juridiction en matière d'amendes. Toutefois, ces sanctions et leur éventuelle modulation doivent rester exclusivement liées à la nature et la gravité de l'infraction aux règles de concurrence européennes sans considération d'autres facteurs.

Ces arrêt récents montrent de façon très caractéristique que la Cour de justice est amenée, afin de répondre aux arguments avancés par les parties, à se référer, appliquer et même interpréter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dès l'adhésion, se posera inévitablement la question de l'articulation des jurisprudences entre les deux Cours, mais aussi de l'attitude de la Cour de Strasbourg dans la mise en œuvre des droits fondamentaux dans les procédures de sanction en matière de concurrence. La question de la nature administrative ou pénale des sanctions en matière de concurrence et des conséquences importantes pouvant en découler s'agissant de l'applicabilité des divers droits fondamentaux tels qu'appliqués historiquement par la Cour eur. D.H. deviendra encore plus complexe et sensible. En effet, la Cour eur. D.H. dans son arrêt *Menarini* a déjà considéré que les amendes en matière de concurrence peuvent être considérées comme étant de nature pénale. Bien que, dans cette affaire, cela a eu des conséquences limitées, cette affirmation ouvre la porte à une application généralisée de la Convention au droit de la concurrence de l'Union, dont notamment le principe de la présomption d'innocence qui soulève de très nombreuses questions qui ne peuvent pas être traitées dans le présent article.

Alors que ce mouvement ascendant envers la CEDH est en train de se concrétiser, le mouvement descendant envers les autorités nationales de la concurrence et les juges nationaux, initié en 2003, s'accélère sensiblement. Cette nouvelle perspective pour les sanctions dans le cadre du droit européen de la concurrence est examinée dans le cadre de la seconde partie (II).

³⁵ C.J., 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a./Commission*, C 501/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 30 à 68. Voy. également, dans un sens un peu différent, mais particulièrement intéressant, les conclusions de l'Avocat général Wathelet, présentées le 26 septembre 2013 sous l'affaire *Telefonica*, C-295/12 P, notamment points 124 à 129.

II. – Le contentieux de l’Union portant sur les sanctions du droit de la concurrence face à un mouvement descendant : la décentralisation vers le niveau national

Alors que la Cour reste très active dans l’encadrement et la détermination de la nature des sanctions prévues directement par le droit de la concurrence de l’Union, et que le mouvement ascendant initié par le processus d’adhésion à la CEDH soulèvera de nombreuses nouvelles questions en la matière, un mouvement descendant, initié il y a déjà dix ans par la décentralisation de la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE, prend simultanément de l’ampleur. À cette évolution qui ajoutera, à terme, un niveau de contrôle extérieur au modèle européen de mise en œuvre du droit de la concurrence, vient s’ajouter une complexification du mode interne de fonctionnement. En effet, les autorités nationales de la concurrence et les juges nationaux compétents en matière de concurrence sont aujourd’hui amenés à appliquer directement le droit de la concurrence de l’Union et à sanctionner les violations de celui-ci conformément, notamment, à l’article 5 du règlement n° 1/2003 qui définit la compétence des autorités de concurrence des États membres pour l’application des articles 101 TFUE et 102 TFUE et qui prévoit que ces autorités peuvent, notamment, infliger des amendes, des astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national. Il peut s’agir, d’une part, de sanctions punitives et, d’autre part – et là réside la grande nouveauté –, de sanctions pouvant être qualifiées de sanctions « réparatrices » qui consistent en l’attribution de dommages et intérêts aux victimes des préjudices découlant de la violation du droit de la concurrence de l’Union. Or, certaines législations nationales prévoient non seulement des sanctions pécuniaires, qui peuvent en cas de procédure en dommages et intérêts soulever la question d’une éventuelle violation du principe *non bis in idem*, consacré par la CEDH, mais également des sanctions pénales à l’encontre des dirigeants des entreprises ayant commis une infraction aux règles de concurrence à l’instar de la législation américaine. Nous assistons donc à un mouvement progressif de questionnements du fonctionnement de ce système de sanction décentralisé. Après un bref rappel des fondements juridiques de celui-ci (A), nous examinerons certaines réponses récentes apportées par la Cour de justice s’agissant des sanctions décentralisées du droit européen de la concurrence (B).

A. La mise en œuvre décentralisée des sanctions du droit de la concurrence de l’Union

Les dispositions constituant la base juridique des sanctions en droit de la concurrence de l’Union et l’interprétation qui en est proposée par la Cour

prévoient une mise en œuvre centralisée par la Commission, mais également, depuis 2003, une mise en œuvre décentralisée par les autorités compétentes au niveau des États membres. L'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 dispose que la Commission peut infliger des amendes aux entreprises qui commettent une infraction à l'article 101 TFUE sous réserve que, pour chaque entreprise participant à l'infraction, l'amende n'exécède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent. Cette limite supérieure du montant de l'amende vise à éviter que soient infligées des amendes dont il est prévisible que les entreprises, au vu de leur taille, telle que déterminée par leur chiffre d'affaires global, fût-ce de façon approximative et imparfaite, ne seront pas en mesure de s'acquitter. Il s'agit donc d'une limite, uniformément applicable à toutes les entreprises et articulée en fonction de la taille de chacune d'elles, visant à éviter des amendes d'un niveau excessif et disproportionné³⁶. Cette finalité doit toutefois se combiner avec le souci d'assurer à l'amende un caractère dissuasif suffisant, lequel justifie la prise en considération de la taille et de la puissance économique de l'entreprise concernée, c'est-à-dire des ressources globales de l'auteur de l'infraction³⁷. En effet, c'est l'impact recherché sur l'entreprise concernée qui justifie la prise en considération de la taille et des ressources globales de cette entreprise afin d'assurer un effet dissuasif suffisant à l'amende, la sanction ne devant pas être négligeable au regard, notamment, de la capacité financière de ladite entreprise³⁸.

Par ailleurs, le règlement n° 1/2003 confère aux autorités nationales de la concurrence des compétences pour appliquer les articles 101 et 102 du traité, définies à l'article 5 du règlement n° 1/2003. Au 31 août 2013, ces autorités avaient notifié à la Commission l'adoption de 689 décisions depuis mai 2004³⁹. L'application des règles de concurrence de l'UE par la Commission et les autorités nationales de la concurrence est communément appelée « mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE par la sphère publique » ou encore, en anglais, *public enforcement*.

De plus, parallèlement à ce caractère clairement punitif attribué aux sanctions pécuniaires, de nombreuses législations nationales permettent aujourd'hui d'aborder la question des dommages et intérêts, c'est-à-dire les

³⁶ Voy. notamment C.J., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, 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, points 280 et 281.

³⁷ Voy., en ce sens, C.J., 17 juin 2010, *Lafarge/Commission*, C-413/08 P, *Rec.*, p. I-5361, point 102 et la jurisprudence citée.

³⁸ C.J., 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne/Commission*, C-58/12 P, non encore publié au *Rec.*, points 47 à 50.

³⁹ A. ITALIANER, « The ECN, convergence and enforcement of EU competition law : achievements and challenges », *European Competition Day*, Vilnius, 3 Octobre 2013, not. p. 3.

sanctions réparatrices, qui profitent non pas à l'autorité publique protégeant la concurrence telle que définie par la loi, mais directement aux consommateurs et, plus généralement, aux victimes des violations du droit de la concurrence de l'Union. Du fait de leur effet direct, les articles 101 et 102 du traité créent, pour les particuliers, des droits et des obligations que les juridictions nationales des États membres doivent faire respecter : toute personne est en droit de demander réparation du préjudice subi lorsqu'il existe un lien de causalité entre ledit préjudice et une infraction aux règles de concurrence de l'Union européenne⁴⁰. C'est ce que l'on appelle la « mise en œuvre des règles de concurrence de l'UE à l'initiative de la sphère privée » ou encore, en anglais, *private enforcement*⁴¹.

Par ailleurs, les sanctions nationales peuvent avoir un caractère très différent de celui des sanctions traditionnellement appliquées au niveau de l'Union. En effet, alors qu'aux États-Unis le *Sherman Act* prévoit des sanctions allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement pour les personnes physiques ayant participé à la violation du droit américain de la concurrence⁴², le droit de l'Union ne prévoit que des sanctions pécuniaires applicables exclusivement aux personnes morales. Ce caractère indiscutablement pénal des sanctions est absent du droit de la concurrence de l'Union qui vise exclusivement les entreprises par l'imposition d'amendes. Toutefois, un examen plus attentif de la réalité des dispositions du droit européen de la concurrence dévoile une réalité bien différente. Ainsi, l'article 5 du règlement 1/2003 précise clairement que les autorités nationales de la concurrence peuvent adopter toute sanction prévue par leur droit national et l'article 12, paragraphe 3, dudit règlement précise qu'en cas d'échanges d'informations entre l'autorité nationale et la Commission, ces informations ne doivent pas être utilisées aux fins d'imposer une peine d'emprisonnement. Le droit de l'Union reconnaît donc de façon explicite la possibilité d'imposer au niveau national des peines de prison pour violation des règles de concurrence du Traité.

Des sanctions pour violation de droit de la concurrence de l'Union existent aujourd'hui également dans les législations des 28 États membres. Plus

⁴⁰ C.J., 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, C.J., 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jointes C-295 à 298/04, *Rec.*, 2006, p. I-6619, C.J., 14 juin 2011, *Pfleiderer AG/Bundeskartellamt*, C-360/09, *Rec.*, p. I-5161, et C.J., 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap/Otis NV*, C-199/11, non encore publié au *Rec.*

⁴¹ Article 6 du règlement n° 1/2003. Voy. également C.J., 30 janvier 1974, *BRT/SABAM*, 127/73, *Rec.*, p. 51, point 16, et C.J., 18 mars 1997, *Guérin Automobiles/Commission*, C-282/95 P, *Rec.*, p. I-1503, point 39.

⁴² En 2011, une quarantaine de personnes ont été condamnées à une peine moyenne d'emprisonnement de 17 mois pour participation à des cartels. Voy., Department of Justice, Antitrust Division, « Division Update Spring 2012 », disponible sur <<http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2012/criminal-program.html>>.

précisément, 20 législations nationales prévoient des sanctions individuelles même si, pour l'instant, elles n'ont pas toutes été systématiquement appliquées. Les sanctions prévues par les droits nationaux doivent respecter le principe d'équivalence établi par la jurisprudence de la Cour de justice⁴³, c'est-à-dire que les peines nationales applicables en cas de violation des règles européennes doivent être équivalentes aux peines prévues en cas de violation des règles nationales de concurrence. Ainsi, à titre illustratif, sont prévues des amendes individuelles allant jusqu'à 1 million d'euros en Allemagne, jusqu'à 450 000 euros aux Pays-Bas et jusqu'à 75 000 euros en France. En Irlande, un individu impliqué dans un cartel risque jusqu'à 10 d'emprisonnement et au Royaume-Uni une participation personnelle à la fixation de prix fait encourir à l'individu coupable jusqu'à 5 ans de prison et une amende non-plafonnée. L'ensemble de ces peines sont donc également encourues en cas de violation du droit de la concurrence de l'Union européenne⁴⁴. Notons que, selon la juridiction nationale compétente, les risques encourus varient très sensiblement, ce qui pourrait soulever de nombreuses questions de compétence dans le cadre d'un *forum shopping* dans lequel s'aventureraient des personnes physiques et morales coupables de violations du droit de la concurrence de l'Union. Il est même permis de se demander si la « juridiction » de la Commission, appliquant de « simples amendes à l'encontre de personnes morales », n'est pas bien plus attractive : dans de nombreux litiges, les parties pourraient donc tenter de renvoyer l'affaire du niveau national vers le niveau européen, emportant le risque d'inciter les entreprises souhaitant contourner les règles de concurrence d'élargir le champ territorial de leur infraction afin d'augmenter leur chances, en cas de dénonciation du cartel par exemple, de relever de la compétence directe de la Commission, encourant ainsi des peines d'un caractère moins lourd. On voit ainsi que de très nombreuses questions nouvelles risquent de se poser au niveau de l'adoption décentralisée de sanctions des violations du droit de la concurrence de l'Union. À cet égard, la Cour de justice a très récemment eu l'occasion de se prononcer sur certains aspects de l'articulation entre le niveau européen et le niveau national d'adoption de sanctions pour violation du droit de la concurrence de l'Union.

⁴³ C.J., 15 Septembre 1998, *Edis*, C-231/96, *Rec.*, p. I-4990, points 34 à 37.

⁴⁴ Sur la question de la « pénalisation » du droit européen de la concurrence, voy. notamment, W. P.J. WILS, « Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? », in K.J. CSERES, M.P. SCHINKEL et F.O.W. VOGELAAR (eds.), *Remedies and Sanctions in Competition Policy: Economic and Legal Implications of the Tendency to Criminalize Antitrust Enforcement in the EU Member States*, Londres, Edward Elgar, 2005.

B. Enseignements récents des arrêts de la Cour de justice quant à la mise en œuvre décentralisée des sanctions du droit de la concurrence de l'Union

Dix ans après le début de cette décentralisation, celle-ci est aujourd'hui une réalité. De nombreuses affaires sont traitées au niveau national sur le fondement des règles du traité, ce qui amène la Cour à se prononcer à l'occasion de demandes de décision préjudicielles introduites par les juges nationaux.

Dans son arrêt du 18 juin 2013 dans l'affaire *Schenker*⁴⁵, la Cour de justice a été amenée à répondre à la question de savoir si l'article 101 TFUE devait être interprété en ce sens qu'une entreprise ayant enfreint cette disposition peut échapper à l'infliction d'une sanction lorsque ladite infraction a pour origine une erreur de cette entreprise sur la licéité de son comportement en raison de la teneur d'un avis juridique d'un avocat ou, de façon plus intéressante, de celle d'une décision d'une autorité nationale de concurrence.

La Cour a rappelé de façon classique et très pédagogique – la procédure de demande de décision préjudicielle étant caractérisée par un esprit de coopération entre les juges de l'Union et les juges nationaux – que, conformément à l'article 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003, la Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et aux associations d'entreprises lorsque, « de propos délibéré ou par négligence », elles commettent une infraction aux dispositions des articles 101 TFUE ou 102 TFUE. S'agissant de la question de savoir si une infraction a été commise de propos délibéré ou par négligence et est, de ce fait, susceptible d'être sanctionnée par une amende en vertu de l'article 23, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement n° 1/2003, il résulte de la jurisprudence de la Cour que cette condition est remplie dès lors que l'entreprise en cause ne peut ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement, qu'elle ait eu ou non conscience d'enfreindre les règles de concurrence du traité⁴⁶. Partant, le fait que l'entreprise concernée aurait qualifié de manière juridiquement erronée son comportement sur lequel la constatation de l'infraction se fonde ne peut pas avoir pour effet de l'exonérer de l'infliction d'une amende. Or, il ressortait clairement de la décision de renvoi que les membres du cartel s'étaient concertés sur leurs tarifs du transport national de colis groupés sur l'ensemble du territoire autrichien : des entreprises

⁴⁵ C.J., 18 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellanwalt/Schenker & Co. AG e.a.*, C-681/11, non encore publié au *Rec.*, points 33 à 50.

⁴⁶ C.J., 8 novembre 1983, *IAZ International Belgium e.a./Commission*, 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, *Rec.*, p. 3369, point 45, C.J., 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, *Rec.*, p. 3461, point 107, et C.J., 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom/Commission*, C-280/08 P, *Rec.*, p. I-9555, point 124.

qui se concertent de façon directe sur leurs prix de vente ne peuvent, de toute évidence, ignorer le caractère anticoncurrentiel de leur comportement.

Concernant l'information erronée qu'aurait fourni l'autorité nationale de la concurrence, la Cour a rappelé que les autorités nationales de concurrence peuvent exceptionnellement décider de ne pas infliger une amende alors même qu'une entreprise a violé de propos délibéré ou par négligence l'article 101 TFUE. Tel peut notamment être le cas lorsqu'un principe général du droit de l'Union, tel que le principe de protection de la confiance légitime, s'oppose à l'infliction d'une amende. Toutefois, nul ne peut invoquer une violation du principe de protection de la confiance légitime en l'absence d'assurances précises que lui aurait fournies l'administration compétente⁴⁷. Il s'ensuit qu'un avis juridique d'un avocat ne saurait, en tout état de cause, fonder une confiance légitime dans le chef d'une entreprise de ce que son comportement ne viole pas l'article 101 TFUE ou ne donnera pas lieu à l'infliction d'une amende. Quant aux autorités nationales de concurrence, dès lors que celles-ci ne sont pas compétentes pour prendre une décision négative, à savoir une décision concluant à l'absence d'une violation de l'article 101 TFUE⁴⁸, elles ne peuvent pas faire naître dans le chef des entreprises une confiance légitime de ce que leur comportement n'enfreint pas ladite disposition. Il ressort, en outre, de la formulation de la première question que l'autorité nationale de concurrence n'a examiné le comportement des entreprises en cause au principal qu'au regard du droit national de la concurrence et non pas à l'égard du droit de la concurrence de l'Union. La Cour a donc conclu que l'article 101 TFUE doit être interprété en ce sens qu'une entreprise ayant enfreint cette disposition ne peut pas échapper à l'infliction d'une sanction lorsque ladite infraction a pour origine une erreur de cette entreprise sur la licéité de son comportement en raison de la teneur d'un avis juridique d'un avocat ou de celle d'une décision d'une autorité nationale de concurrence.

Dans le même arrêt, la Cour a clarifié la question de savoir si les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales chargées de l'application de l'article 101 TFUE peuvent constater une infraction à cette disposition sans infliger une amende lorsque l'entreprise concernée a participé à un programme national de clémence. La Cour a tout d'abord considéré que l'article 5 du règlement n° 1/2003 ne prévoit pas expressément la compétence des autorités nationales de concurrence pour constater une infraction à l'article 101 TFUE sans infliger une amende, sans pourtant l'exclure explicitement.

⁴⁷ Voy. C.J., 17 mars 2011, *AJD Tuna*, C-221/09, *Rec.*, p. I-1655, point 72, et C.J., 14 mars 2013, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, C-545/11, non encore publié au *Rec.*, point 25.

⁴⁸ C.J., 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, C-375/09, *Rec.*, p. I-3055, points 19 à 30.

Cependant, en vue d'assurer l'application effective de l'article 101 TFUE dans l'intérêt général⁴⁹, il importe que les autorités nationales de concurrence ne procèdent qu'exceptionnellement à la non-imposition d'une amende lorsqu'une entreprise a violé de propos délibéré ou par négligence ladite disposition. La Cour profite donc de cette occasion pour rappeler aux juges et aux autorités nationales que la violation du droit de la concurrence de l'Union doit en principe être suivie d'une sanction. De plus, la Cour précise de façon claire qu'une telle non-imposition d'une amende ne saurait être accordée au titre d'un programme national de clémence que pour autant que celui-ci soit mis en œuvre de manière à ne pas porter atteinte à l'exigence de l'application efficace et uniforme de l'article 101 TFUE. Ainsi, s'agissant du pouvoir de la Commission de réduire des amendes au titre de son propre programme de clémence, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une réduction d'une amende en cas de coopération des entreprises participant à des infractions au droit de la concurrence de l'Union n'est justifiée que si une telle coopération facilite la tâche de la Commission visant à constater l'existence d'une infraction et, le cas échéant, à y mettre fin, le comportement de l'entreprise devant également témoigner d'un véritable esprit de coopération⁵⁰. Pour ce qui concerne l'immunité ou la non-imposition d'une amende, un tel traitement, d'ailleurs en cause dans l'affaire au principal, afin de ne pas porter atteinte à l'application effective et uniforme de l'article 101 TFUE, ne peut être accordé que dans des situations strictement exceptionnelles, telles que celles où la coopération d'une entreprise a été déterminante pour la détection et la répression effective de l'entente. La Cour a ainsi conclu que l'article 101 TFUE ainsi que les articles 5 et 23, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 doivent être interprétés en ce sens que, dans le cas où l'existence d'une infraction à l'article 101 TFUE est établie, les autorités nationales de concurrence peuvent exceptionnellement se limiter à constater cette infraction sans infliger une amende lorsque l'entreprise concernée a participé à un programme national de clémence⁵¹.

La Cour a donc de façon très intéressante établi un parallélisme absolu entre les exigences qu'elle a historiquement imposées à la Commission et celles qu'elle exige auprès des autorités nationales de la concurrence établissant ainsi une jurisprudence qui pourrait servir de guide lors de la généralisation

⁴⁹ Voy. C.J., 7 décembre 2010, *VEBIC*, C-439/08, *Rec.*, p. I-12471, point 56.

⁵⁰ Voy., en ce sens, C.J., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, 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, points 393, 395 et 396.

⁵¹ C.J., 18 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde et Bundeskartellanwalt/Schenker & Co. AG e.a.*, C-681/11, non encore publié au *Rec.*, points 33 à 50.

progressive de la mise en œuvre au niveau national du droit de la concurrence de l'Union⁵².

Par ailleurs, la question de l'articulation des procédures de clémence, évoquée dans cet arrêt, ne manquera pas de soulever de nombreuses questions intéressantes : d'une part, comme dans l'affaire *Schenker*, des questions sur la comparabilité et la compatibilité des décisions nationales de clémence avec la pratique de l'Union et, d'autre part, des questions sur les conséquences de l'octroi d'une immunité au niveau européen dans le cadre d'une procédure nationale en réparation. Les autorités nationales de la concurrence et les juges nationaux peuvent légitimement souhaiter prendre connaissance du dossier de la Commission. Toutefois, les entreprises ayant bénéficié même partiellement du programme de clémence au niveau de l'Union l'ont fait dans une relation de confiance avec les services de la Commission dans la perspective de limiter l'engagement de leur responsabilité. Par ailleurs, l'accès aux dossiers de la Commission doit se faire dans le respect de la législation européenne en matière de données personnelles qui exige de supprimer toute mention de personnes physiques dans les documents dont l'accès est accordé.

L'ouverture de cette nouvelle perspective au niveau national, bien qu'elle puisse renforcer substantiellement le caractère dissuasif des règles européennes de concurrence, doit être opérée avec une certaine prudence du fait que le programme de clémence au niveau européen est aujourd'hui l'instrument de base de protection de la concurrence au sein du marché intérieur⁵³. Porter atteinte au caractère de confiance qui le caractérise risquerait d'être contre-productif, en réduisant la volonté des entreprises à coopérer avec la Commission en dénonçant des pratiques anticoncurrentielles. En effet, ce nouveau niveau national de sanction des violations du droit de la concurrence de l'Union doit venir s'ajouter au système existant et non pas jouer un rôle concurrent.

Or, depuis l'arrêt *Pfleiderer*⁵⁴, qui a concrétisé l'existence de cette tension entre le droit des victimes à une réparation et la nécessaire préservation de l'efficacité du droit européen de la concurrence, les juridictions nationales, en l'absence de règles européennes en la matière, ont adopté des interprétations divergentes de l'accès aux documents des enquêtes de concurrence, l'arrêt de la Cour du 6 juin 2013 dans l'affaire *Donau Chemie* en étant une

⁵² En ce qui concerne l'octroi d'une réduction d'amende dans le cadre du programme de clémence au niveau européen, le récent arrêt *Kone* sera à l'avenir d'une grande utilité, y compris pour la mise en œuvre des programmes de clémence nationaux (C.J., 24 octobre 2013, *Kone e.a./Commission*, C-510/11 P, non encore publié au *Rec.*).

⁵³ Voy. à cet égard, C. AUBERT, P. REY et W. E. KOVACIC, « The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs on Cartels », *International Journal of Industrial Organization*, 2006, pp. 1242-1243.

⁵⁴ C.J., 14 juin 2011, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*, C-360/09, *Rec.*, p. I-5161.

récente illustration⁵⁵. Ces premières affaires ont matérialisé le risque que les possibilités procédurales offertes par les différents droits nationaux aux juges aboutissent à de réelles distorsions de concurrence au sein du marché intérieur. Afin de rencontrer cette difficulté, la Commission a présenté, en juin 2013, une proposition de directive relative aux demandes de dommages et intérêts⁵⁶ tentant ainsi de reprendre le contrôle de la situation en établissant un nouvel équilibre entre le droit des victimes à une réparation et la nécessité de préserver l'attractivité des programmes de clémence de l'Union et des États membres. Cette directive devra être adoptée selon la procédure législative ordinaire.

Conclusion

Le renforcement de l'intensité du contrôle juridictionnel des décisions de la Commission, mais également la multiplication des niveaux de mise en œuvre et de contrôle juridictionnel, peuvent être considérés comme des instruments de légitimation des normes de concurrence⁵⁷. Comme le soulignait le juge Pescatore, « la légitimité ne résulte pas seulement du système démocratique ». Si la démocratie confère la légitimité fondamentale, l'idée d'État de droit est un facteur incontournable de légitimité⁵⁸. Cela implique que les individus bénéficient d'un ensemble de garanties à l'encontre du pouvoir⁵⁹. Le contrôle effectif par le juge de l'Union des sanctions de la Commission en matière de concurrence est un facteur de légitimation de l'action de l'Union européenne dans ce domaine sensible.

Nonobstant certaines critiques légitimes, le contrôle exercé par les juges de l'Union sur les sanctions en matière de concurrence a toujours poussé la Commission à une amélioration substantielle de sa politique et de sa pratique en la matière. Ainsi, la Commission a modifié largement sa structure interne afin d'accorder une place spécifique aux économistes à la suite de la

⁵⁵ C.J., 6 juin 2013, *Bundeswettbewerbsbehörde/Donau Chemie AG and others*, C-536/11, non encore publié au *Rec.*

⁵⁶ Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, Commission (2013) 404 final, 11 juin 2013.

⁵⁷ Voy. en ce sens les développements sur le rôle constitutionnel de la Cour : H. GAUDIN, *Le Parlement européen devant la Cour de Justice des Communautés européennes - Contribution à l'étude des fonctions constitutionnelles de la Cour de justice*, Thèse de doctorat sous la direction du Professeur Jean-Claude Gautron, Université Bordeaux I, 3 décembre 1994, not. pp. 486 et s.

⁵⁸ P. PESCATORE, « Une révolution juridique - Le rôle de la Cour de Justice européenne », *Commentaire*, n° 59 automne 1992, p. 569, spéc. p. 573.

⁵⁹ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, Clefs, 1992, p. 61.

multiplication des annulations juridictionnelles de décisions d'interdiction d'opérations de concentrations, une des sanctions les plus radicales dont dispose la Commission, ou encore, ainsi que l'annonçait le commissaire européen à la concurrence⁶⁰, d'inclure dans la communication des griefs des éléments relatifs au calcul du montant de l'amende tels que le volume des ventes du cartel, la gravité de l'infraction et l'éventuelle existence d'une récidive. À ce titre, le Tribunal et la Cour ont pleinement joué le rôle qui est le leur, au sein de l'équilibre institutionnel établi par les traités dans le domaine de la concurrence⁶¹.

Le double mouvement ascendant et descendant qui semble être engagé influencera certainement la mise en œuvre et les caractéristiques mêmes des sanctions prévues en cas de violation du droit de la concurrence de l'Union européenne. D'une part, la future, mais déjà proche, adhésion de l'Union à la CEDH imposera pour la première fois dans l'histoire de la construction européenne un contrôle juridique extérieur. La compatibilité de l'équilibre institutionnel en matière de concurrence, établi par les traités depuis les années 50, avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et son interprétation des articles pertinents de la Convention doit encore être confirmée. La prise en compte par ce système extérieur de la nature juridique unique et complexe de l'Union européenne sera à cet égard un élément clé. C'est à la lumière de cette considération fondamentale que la jurisprudence récente de la Cour de justice a validé le système tout en interprétant la jurisprudence de Strasbourg. D'autre part, la montée en puissance progressive de la décentralisation de la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE vers le niveau national appellera une augmentation des demandes de décisions préjudicielles en la matière afin de préserver la cohérence du système, mais également une multiplication des interventions de la Commission auprès des autorités nationales dans son rôle d'*Amicus Curiae* prévu par l'article 15 du règlement 1/2003 afin d'assister les juges et les autorités nationales de la concurrence⁶². Enfin, ces deux mouvements sont appelés à se croiser, avec un risque de fortes turbulences, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme sera compétente pour se prononcer sur le respect de ses propres standards en matière de droits fondamentaux, tant au niveau des États membres qu'au niveau de l'Union, dans

⁶⁰ J. ALMUNIA, « The priority in competition enforcement 15th International Conference on Competition : A Spotlight on Cartel Prosecution », Berlin, 14 avril 2011, Speech/11/268.

⁶¹ Pour une réflexion plus approfondie sur cette question, voy. G. VALLINDAS, *Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations*, coll. Travaux du CERIC, Bruxelles, Bruylant, 2009, 561 pp.

⁶² Sur cette question, voy. J. BROHEE et G. VALLINDAS, « Amicus Curiae in the context of EU Regulation 1/2003 : An overview of EU and national case law », in N. CHARBIT, E. RAMUNDO et M. OP-COURTAIGNE (eds.), *2013 Competition Case Law Digest - A synthesis of EU and national leading cases*, Institute of Competition Law, 2012.

l'adoption de sanctions pour violation du droit de la concurrence de l'Union européenne, ce qui lui donnera la possibilité de jouer un rôle non seulement dans l'évolution de la nature même de ces sanctions, mais également dans l'articulation des deux niveaux existants. La Communication commune des présidents Costa et Skouris⁶³ est un indice de la volonté des deux Cours d'établir une réelle coopération qui permettra certainement de faire face à cet enchevêtrement d'ordres juridiques en matière de sanctions des violations du droit de la concurrence de l'Union et de respect des droits fondamentaux.

⁶³ Communication commune des présidents Costa et Skouris, Strasbourg et Luxembourg, le 24 janvier 2011, disponible sur <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_ejue_francais.pdf>.

CHAPITRE 3. LA CHARGE DE LA PREUVE EN MATIÈRE DE CONCURRENCE DEVANT LES JURIDICTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE

Jean-François BELLIS¹

Introduction

Alors que les amendes pour infraction au droit européen de la concurrence atteignent des montants de plus en plus élevés, la question de la charge de la preuve incombant à la Commission européenne revêt une importance particulière. Cette question soulève en effet des interrogations quant au respect des droits fondamentaux des entreprises et à la manière dont les juges les sauvegardent.

Eu égard à l'objectif, à la fois préventif et répressif, des amendes susceptibles d'être imposées aux entreprises dans le cadre de procédures visant à sanctionner des infractions au droit de la concurrence, ainsi qu'à leur sévérité, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la « Cour eur. D.H. ») a jugé que ces procédures relevaient de la « matière pénale » et, par conséquent, étaient soumises au respect de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après la « CEDH »)². Parmi ces principes, figure notamment celui du droit à un procès équitable sauvegardé par l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH. Pour que ce droit, dont la protection est également assurée par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, soit respecté, le contrôle juridictionnel sur les décisions des autorités de concurrence doit être effectif. Tant la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour »)³ que la Cour eur. D.H. ont reconnu que la politique de concurrence doit être mise en œuvre

¹ Avocat au barreau de Bruxelles ; professeur à l'Institut d'études européennes de l'Université Libre de Bruxelles (ULB). L'auteur peut être contacté à jfbellis@vbb.com.

² Cour eur. D.H., 3 décembre 2002, *Lilly/France*, requête n° 53892, et Cour eur. D.H., 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics/Italie*, requête n° 43509/08.

³ C.J., 8 décembre 2011, *KME Germany e.a./Commission*, C-272/09 P, non encore publié au *Rec.*, et C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10, non encore publié au *Rec.*

dans le respect des droits fondamentaux des entreprises, au premier rang desquels figurent la présomption d'innocence et le contrôle juridictionnel effectif.

La Commission, dont les larges pouvoirs en matière de concurrence se caractérisent par la concentration des fonctions d'enquête, d'instruction et de jugement, est tenue d'apporter la preuve des conclusions auxquelles elle parvient. Cette charge de la preuve lui incombe tant dans les procédures de constatation d'infractions aux articles 101 et 102 TFUE⁴, que dans celles où elle apprécie la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché intérieur⁵.

Les questions liées à la charge de la preuve ont fait l'objet de longs débats que les développements de la jurisprudence de la Cour eur. D.H., notamment dans l'arrêt *Menarini*, n'ont fait qu'attiser.

La question de la charge de la preuve conduit à s'interroger sur le degré de preuve requis par les juridictions de l'Union pour que la Commission puisse établir l'existence d'une infraction ou conclure à la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché intérieur. Dès lors, il est nécessaire d'évaluer la nature et l'étendue du contrôle exercé par les juridictions de l'Union à l'égard des décisions de la Commission afin de déterminer si les entreprises jouissent d'un contrôle juridictionnel effectif, indispensable à la sauvegarde de leurs droits.

La présente étude examinera quatre aspects spécifiques de cette problématique, à savoir l'incertitude quant au degré de preuve requis, le renversement de la charge de la preuve résultant du fait que l'accusé présente sa défense devant le juge en tant que requérant, le degré du contrôle juridictionnel sur les preuves apportées par la Commission et, enfin, les pouvoirs d'instruction du Tribunal de l'Union européenne (ci-après le « Tribunal »).

I. – L'incertitude quant au degré de preuve requis

La question du degré de preuve exigé de la Commission pour qu'elle puisse légalement conclure à l'existence d'une infraction au droit de la concurrence n'est pas réglée par la législation de l'Union. Cette lacune est source d'incertitude quant au degré de preuve requis.

⁴ La charge de la preuve incombe à la Commission en vertu de l'article 2 du Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (*J.O.* L1, p. 1).

⁵ Voy., p. ex., C.J., 31 mars 1998, *République française et Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) et Entreprise minière et chimique (EMC)/Commission*, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, *Rec.*, p. I-1375, points 221 et s.

La notion de degré de preuve est essentiellement d'origine anglo-saxonne. Dans les pays de *common law*, où les décisions sont rendues en principe par des jurys, y compris dans les affaires civiles, les juges ont pour vocation d'arbitrer entre les différentes preuves fournies par les parties. C'est ainsi que se sont développées des procédures dans lesquelles des « seuils » de preuve sont définis de manière spécifique en fonction de la nature du litige.

Ainsi, le degré de preuve requis pour démontrer une thèse diffère selon que l'on se trouve en droit civil ou en droit pénal. En matière civile, la preuve est établie selon le critère de la « prépondérance de probabilités », lequel est moins strict que celui exigé en matière pénale où l'infraction ne sera établie que si la preuve est apportée « au-delà du doute raisonnable »⁶.

Une telle approche diffère de la vision continentale de la preuve et, particulièrement, de la tradition française fondée sur « l'intime conviction » du juge, quelle que soit la matière. En effet, en droit français, les tribunaux et cours décident selon l'intime conviction qu'ils se sont forgés au regard de l'instruction et non selon des critères préétablis⁷.

En droit de la concurrence, les juges de l'Union ne semblent pas avoir clairement choisi entre ces deux systèmes. Ainsi, certaines décisions font allusion à un certain degré de preuve, tandis que d'autres emploient des critères plus vagues.

On peut ainsi remarquer que le Tribunal a parfois appliqué le critère de l'absence de doute raisonnable. Par exemple, dans l'arrêt *JFE Engineering*, rendu en 2004, le Tribunal a relevé que « [l]e juge ne saurait donc conclure que la Commission a établi l'existence de l'infraction en cause à suffisance de droit si un doute subsiste encore dans son esprit sur cette question »⁸. Quelques années plus tard, toutefois, en 2008, le Tribunal, dans l'affaire *BPR*, a déclaré catégoriquement que la thèse « selon laquelle la Commission doit apporter une preuve “allant au-delà du doute raisonnable” de l'existence de l'infraction dans les cas où elle inflige des amendes sévères doit être rejetée »⁹.

De fait, dans la plupart des affaires recensées, les juridictions de l'Union européenne ne font pas référence à un degré précis de preuve auquel la Commission

⁶ E. GIPPINI-FOURNIERN, « The Elusive Standard of Proof in EU Competition Cases », in C.-D. EHLERMANN et M. MARQUIS (éds.), *European Competition Law Annual 2009*, Oxford, Hart publishing, 2011, p. 295.

⁷ Par exemple, selon l'article 427 du code de procédure pénale français : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction [...] ».

⁸ Trib., 8 juillet 2004, *JFE Engineering Corp/Commission*, aff. jointes T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, *Rec.*, p. II-2501, point 177. Voy. également Trib., 27 septembre 2006, *Dresdner Bank AG et autres c. Commission*, aff. jointes 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, point 60.

⁹ Trib., 8 juillet 2008, *BPB plc/Commission*, T-53/03, *Rec.*, p. II-1333, point 64.

doit satisfaire. C'est ainsi qu'elles font souvent appel à la notion de « faisceau d'indices », ceux-ci devant tantôt être « sérieux, précis et concordants »¹⁰, tantôt « convergents et convaincants »¹¹, « précis et concordants »¹², voire simplement « convaincants »¹³.

En réalité, les juridictions de l'Union européenne ne rentrent que rarement dans le débat du degré de preuve exigé de la Commission, semblant plutôt retenir une conception plus continentale de la preuve, au regard de laquelle constitue un degré de preuve suffisant ce qui emporte la conviction du juge.

Par exemple, dans le cartel du *PVC*, confrontée à la contestation de la qualification d'une collusion résultant d'initiatives communes en matière tarifaire, le Tribunal a relevé que :

« Après un examen attentif des annexes [...] ces initiatives ne peuvent être considérées comme purement individuelles. En effet, tant au vu du libellé de ces annexes que de leur examen croisé, le Tribunal a acquis la conviction que ces pièces constituent la preuve matérielle d'une collusion entre producteurs en matière de prix au niveau européen »¹⁴ (nous soulignons).

Comme l'a clairement affirmé la Cour dans l'arrêt *Tetra Laval*, qui concernait une décision de la Commission en matière de contrôle de concentrations, la fonction des preuves est de convaincre le juge, les formules utilisées par les juridictions n'ayant ainsi qu'un impact limité sur le degré de la preuve¹⁵. Il n'est dès lors pas surprenant que le Tribunal se limite à requérir un degré de preuve suffisant à emporter sa « ferme conviction » du bien-fondé de la thèse avancée par la Commission¹⁶.

¹⁰ Trib., 6 avril 1995, *Baustahlgewebe GmbH/Commission*, T-145/89, *Rec.*, p. II-987, point 74, et C.J., 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres/Commission*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, *Rec.*, p. 5193, point 127.

¹¹ Trib., 27 septembre 2006, *Avebe/Commission*, T-314/01, *Rec.*, p. II-3085, point 97.

¹² Trib., 16 septembre 2013, *Wabco Europe e.a./Commission*, T-380/10, non encore publié au *Rec.*, points 47 et 48.

¹³ C.J., 21 septembre 2006, *Technische Unie BV/Commission*, C-113/04 P, *Rec.*, p. 8831, point 69.

¹⁴ Trib., 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV et autres/Commission*, aff. jointes T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 et T-335/94, *Rec.*, p. II-931, point 644.

¹⁵ C.J., 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval*, C-12/03 P, *Rec.*, p. I-987, point 41 : « Si le Tribunal a précisé [...] que la démonstration d'effets de conglomerat anticoncurrentiels d'une concentration du type de celle notifiée nécessite un examen précis, étayé par des preuves solides ("convincing evidence"), des circonstances prétendument constitutives desdits effets, il n'a en aucune manière ajouté une condition relative au degré de preuve requis, mais a simplement rappelé la fonction essentielle de la preuve, qui est de convaincre du bien-fondé d'une thèse ou, comme en l'espèce, d'une décision en matière de concentrations ».

¹⁶ *Voy.*, p. ex., Trib., 12 décembre 2012, *Electrabel/Commission*, T-332/09, non encore publié au *Rec.*, point 31 (« (D)ans le domaine du droit de la concurrence, en cas de litige sur l'existence d'une infraction, il appartient à la Commission de rapporter la preuve des infractions qu'elle constate et d'établir les éléments de preuve propres à démontrer, à suffisance de droit, l'existence des faits constitutifs d'une infraction [...]. À cet effet,

Pour parvenir à convaincre les juges, les preuves fournies par la Commission doivent être admissibles, c'est-à-dire respectueuses de la procédure et des droits fondamentaux, ce qui exclut, par exemple, des éléments de preuve recueillis durant une inspection reposant sur une décision délimitant de manière imprécise l'infraction¹⁷ ou bien celles couvertes par le secret de la correspondance avec les avocats¹⁸.

Le principe posé par les juridictions de l'Union est celui de la libre administration de la preuve. Dès lors, une fois des éléments admissibles apportés par la Commission, leur appréciation s'effectue au regard de leur crédibilité. Ainsi, selon la formule consacrée : « [...] le seul critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité. Selon les règles générales en matière de preuve, la crédibilité et, partant, la valeur probante, d'un document dépend de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et du caractère sensé et fiable de son contenu »¹⁹.

Comme nous l'avons indiqué, la ferme conviction des juridictions peut parfois être emportée dès lors qu'aucun doute ne subsiste dans l'esprit des juges²⁰. De plus, en matière de cartels, la Cour a estimé que si une entreprise est en mesure de démontrer qu'une autre explication que celle fournie par la Commission est « cohérente » ou « plausible », ceci suffira à invalider la constatation d'infraction²¹. Le Tribunal a ainsi annulé une décision dans laquelle la Commission n'est pas parvenue à démontrer que les explications alternatives avancées par les requérantes n'étaient pas fondées²². De plus, il a également estimé que

elle doit réunir des éléments de preuve suffisamment précis et concordants pour fonder la ferme conviction que l'infraction alléguée a eu lieu », et Trib., 8 juillet 2004, *JFE Engineering Corp/Commission*, *op. cit.*, point 179 (« [...] il est nécessaire que la Commission fasse état de preuves précises et concordantes pour fonder la ferme conviction que l'infraction a été commise »).

¹⁷ Trib., 14 novembre 2012, *Nexans France et Nexans/Commission* T-135/09, non encore publié au *Rec.*, et Trib., 14 novembre 2012, *Prysmian et Prysmian Cavi e Sistemi Energia/Commission*, T-140/09, non encore publié au *Rec.* Le fait que le Tribunal ait annulé les décisions d'inspection en ce qui concerne les câbles de basse tension démontre que la Commission ne peut se prévaloir d'éléments recueillis lors d'une inspection qui iraient au-delà des indices dont elle dispose au regard de l'infraction, afin d'éviter les inspections exploratoires.

¹⁸ C.J., 18 mai 1982, *A.M. et S./Commission*, 155/79, *Rec.*, p. 1575, et C.J., 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd/Commission*, C-550/07 P, *Rec.*, p. I-8301.

¹⁹ Trib., 16 septembre 2013, *Keramag Keramische Werke AG et autres/Commission*, aff. jointes T-379/10 et T-381/10, non encore publié au *Rec.*, points 106 et 107, et Trib., 8 juillet 2004, *Dalmine/Commission*, T-50/00, *Rec.*, p. II-2395, point 72.

²⁰ Voy. *supra* note de bas de page n° 8.

²¹ C.J., 7 janvier 2004, *Aalborg Portland A/S et autres/Commission*, aff. jointes 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, point 57 : « Dans la plupart des cas, l'existence d'une pratique ou d'un accord anticoncurrentiel doit être inférée d'un certain nombre de coïncidences et d'indices qui, considérés ensemble, peuvent constituer, en l'absence d'une autre explication cohérente, la preuve d'une violation des règles de la concurrence » (nous soulignons). Voy. également C.J., 19 juillet 2012, *Kaizer e.a./Commission*, C-264/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 31.

²² Trib., 12 avril 2013, *CISAC/Commission*, T-442/08, non encore publié au *Rec.*, point 182.

lorsque la Commission se fonde sur des éléments de preuves documentaires, les entreprises doivent non seulement présenter une alternative plausible à la thèse soutenue par la Commission, mais encore soulever l'insuffisance des preuves retenues dans la décision attaquée pour établir l'existence de l'infraction²³.

Cette incertitude quant au degré de preuve requis se reflète dans les débats doctrinaux, certains estimant que les juridictions de l'Union appliquent le critère du degré de preuve au-delà du doute raisonnable²⁴, tandis que d'autres relèvent que le degré de preuve au-delà du doute raisonnable n'a jamais été admis par les juridictions de l'Union²⁵.

Bien que certains tendent à minimiser l'impact de cette incertitude en invoquant la faible valeur explicative de la notion de degré de preuve²⁶, nous estimons, au contraire, que cette question mérite d'être clarifiée afin de permettre aux opérateurs économiques de connaître le degré de preuve à partir duquel la Commission peut conclure à l'existence d'une infraction ou s'opposer à une opération de concentration.

Dans les affaires de contrôle de la compatibilité d'une concentration avec le marché intérieur, où l'imposition d'amendes n'est pas en jeu, on pourrait penser que le degré de preuve devrait être moins contraignant que dans les affaires de constatation d'infractions qui présentent un caractère pénal. Paradoxalement, toutefois, c'est l'inverse qui semble être vrai : les juridictions de l'Union semblent exiger de la Commission qu'elle apporte des éléments de preuve particulièrement solides quand elle s'oppose à une concentration au regard de la nature prospective, et donc nécessairement spéculative, de l'analyse des effets sur la concurrence effectuée par la Commission dans de telles affaires²⁷.

Outre le souci légitime de transparence et de sécurité juridique, c'est bien le droit fondamental à la présomption d'innocence qui est en cause lorsque les entreprises ne peuvent pas bénéficier du doute raisonnable susceptible de

²³ Trib., 27 juin 2012, *Berning & Söhne/Commission*, T-445/07, non encore publié au *Rec.*, points 126 et 127.

²⁴ Conclusions de l'avocat général Darmon présentées le 7 juillet 1992, sous C.J., 31 mars 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö et autres/Commission*, C-89/85 e.a., *op. cit.*, point 195 : « [...] les éléments de preuve doivent être « suffisamment précis et concordants pour fonder la conviction que le comportement parallèle [...] a été le résultat d'une concertation [...] ». En d'autres termes, il s'agit d'acquiescer à une certitude au-delà de tout doute raisonnable [...] ».

²⁵ L. ORTIZ BLANCO, « Standards of Proof and Personal Conviction in EU Antitrust and Merger Control Procedures », C.-D. EHLERMANN et M. MARQUIS (éds.), *European Competition Law Annual 2009*, *op. cit.*, p. 176.

²⁶ F. CASTILLO DE LA TORRE, « Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases », *op. cit.*, p. 346.

²⁷ C.J., 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval BV*, *op. cit.*, point 42 : « Une analyse prospective, telle que celles qui sont nécessaires en matière de contrôle des concentrations, nécessite d'être effectuée avec une grande attention, dès lors qu'il ne s'agit pas d'examiner des événements du passé, au sujet desquels on dispose souvent de nombreux éléments permettant d'en comprendre les causes, ni même des événements présents, mais bien de prévoir les événements qui se produiront dans l'avenir, selon une probabilité plus ou moins forte, si aucune décision interdisant ou précisant les conditions de la concentration envisagée n'est adoptée ».

subsister en leur faveur. Or, ainsi que nous l'avons vu, la jurisprudence des juridictions de l'Union manque de clarté sur ce point et laisse ainsi planer une incertitude préjudiciable aux entreprises poursuivies pour infraction au droit européen de la concurrence. Ce problème est d'autant plus aigu que, ainsi que nous allons le voir, la procédure juridictionnelle dans le cadre de laquelle les entreprises présentent leur défense est d'une nature telle qu'elle conduit de fait à un renversement de la charge de la preuve en faveur de la Commission.

II. – Le renversement de la charge de la preuve résultant du fait que l'accusé présente sa défense devant le juge en tant que requérant

Le principe de la présomption d'innocence, selon lequel le doute doit bénéficier à l'accusé, est un principe fondamental reconnu par l'article 6, paragraphe 2, de la CEDH, ainsi que par les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et doit, par conséquent, être respecté par les juridictions de l'Union²⁸. Or, ainsi que nous allons le voir, le cadre procédural dans lequel une entreprise poursuivie par la Commission est amenée à présenter sa défense devant le juge, à savoir un recours en annulation contre une décision définitive de la Commission, conduit *de facto* à un renversement de la charge de la preuve en faveur de cette dernière. La question qui se pose est de savoir si un tel régime est compatible avec la présomption d'innocence.

Comme la Commission, dans une procédure d'enquête en matière de concurrence, cumule les fonctions d'instruction et de jugement, le seul fardeau de la preuve qui lui incombe est en substance de se convaincre elle-même du bien-fondé des griefs qu'elle articule à l'encontre d'une entreprise. Même si la Commission a introduit certains mécanismes dans le processus décisionnel afin de garantir l'objectivité de sa démarche, comme par exemple l'intervention du conseiller-auditeur²⁹, il n'en reste pas moins que ce sont en pratique les mêmes personnes au sein de la Commission qui instruisent et qui jugent.

Ce n'est qu'après que la condamnation a été prononcée par la Commission que l'entreprise est enfin en mesure de présenter sa défense devant un juge indépendant. Là où le bât blesse est que cette défense est présentée dans le cadre d'un recours en annulation dans lequel l'entreprise accusée est la partie

²⁸ C.J., 8 juillet 1999, *Hüls AG/Commission*, C-199/92, *Rec.*, p. I-4287, points 149 et 150.

²⁹ Décision n° 2011/695/UE du président de la Commission européenne du 13 octobre 2011 relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence, *J.O. L 275*, p. 29.

requérante qui, à ce titre, est soumise à l'obligation d'apporter la preuve du bien-fondé des griefs qu'elle soulève à l'encontre de la décision qui la condamne. Comme le Tribunal et la Cour l'ont clairement affirmé, la décision de la Commission bénéficie d'une « présomption de légalité »³⁰. C'est donc en tant que présumée coupable (puisqu'elle a été condamnée dans une décision qui bénéficie d'une présomption de légalité) que l'entreprise pénètre dans le prétoire du Tribunal et se voit obligée de faire la preuve de son innocence. La Commission, quant à elle, se trouve dans une position de force en tant que partie défenderesse auréolée de la présomption de légalité attachée à ses décisions. Il y a donc de fait renversement de la charge de la preuve au détriment de l'entreprise.

Tout dans la procédure concourt à placer l'accusé requérant dans une situation de faiblesse par rapport à la Commission. En tant que partie défenderesse, cette dernière jouit du droit d'avoir le dernier mot. Nous avons déjà relevé³¹ qu'en matière pénale, il est universellement admis que l'accusé a toujours la parole en dernier, et ce quel que soit le stade de la procédure, y compris en appel³². Ce principe fondamental est méconnu dans les règles de procédure des juridictions de l'Union calquées sur le modèle de la procédure devant les juridictions administratives françaises. Cette situation, contraire à la pratique suivie dans tous les États membres en matière pénale, semble difficilement compatible avec le principe de la présomption d'innocence.

Un survol de la jurisprudence montre à quel point il est difficile pour une entreprise de faire la preuve de son innocence après avoir été condamnée par une décision de la Commission. Ainsi, selon le considérant de principe de la Cour dans l'arrêt *Aalborg* :

« Même si la charge légale de la preuve incombe selon ces principes soit à la Commission, soit à l'entreprise ou à l'association concernée, les éléments factuels qu'une partie invoque peuvent être de nature à obliger l'autre partie à fournir une explication ou une justification, faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve a été satisfaite »³³.

³⁰ C.J., 15 juin 1994, *Commission/BASF AG et autres*, C-137/92, *Rec.*, p. I-2555, point 48, et Trib., 8 mars 2011, *World Wide Tobacco España, SA/Commission*, T-37/05, *Rec.*, p. II-41*, point 156 : « il doit être rappelé que les actes des institutions de l'Union jouissent d'une présomption de légalité [...], ce qui implique qu'il appartient à celui qui se prévaut de l'illégalité d'un tel acte d'en rapporter la preuve ».

³¹ J.F. BELLIS, « L'accusé a toujours le dernier mot », *Concurrences*, 2012/1, p. 1.

³² Pour la Cour eur. D.H., « le droit de l'accusé de parler en dernier revêt une importance certaine » au regard de l'application du droit à un procès équitable (Cour eur. D.H., 27 juin 2000, *Constantinescu c. Roumanie*, requête n° 28871/95, point 58).

³³ C.J., 7 janvier 2004, *Aalborg/Commission*, *op. cit.*, point 79, et C.J., 1^{er} juillet 2010 *Knauf Gips KG c. Commission*, C-407/08, *Rec.*, p. I-6375, point 80.

Les juridictions de l'Union ont ainsi jugé que la survenance d'une circonstance affectant la valeur probante des éléments soumis par la Commission peut seulement être prouvée par une entreprise si elle parvient à démontrer « d'une part, l'existence de la circonstance qu'elle invoque et, d'autre part, que cette circonstance met en cause la valeur probante des éléments de preuve sur lesquels se fonde la Commission »³⁴.

Ainsi, alors que la charge de la preuve incombe à la Commission, les juridictions de l'Union admettent qu'il suffit que celle-ci fasse naître un doute dans l'esprit du juge quant à l'existence d'un fait déterminé pour que l'accusé soit tenu d'apporter une explication alternative mettant en cause la valeur probante des éléments invoqués par la Commission, faute de quoi la thèse soutenue par cette dernière sera considérée comme étant établie.

L'impression que la Commission et les entreprises ne jouent pas à armes égales dans le débat judiciaire est particulièrement manifeste dans l'abondante jurisprudence relative à la problématique de l'imputabilité aux sociétés mères des infractions commises par les filiales dont elles détiennent la majeure partie du capital. La jurisprudence classique de la Cour, qui repose sur la notion fonctionnelle d'entreprise retenue en droit de l'Union, prévoit que la responsabilité de la société mère sera retenue dès lors que deux conditions sont remplies. Il faut que celle-ci soit en mesure d'exercer une influence déterminante sur sa filiale et qu'elle ait effectivement exercé une telle influence. Cette deuxième condition est censée être remplie dès lors que la société mère détient la totalité ou quasi-totalité du capital de la filiale³⁵.

En principe, il s'agit d'une présomption réfragable³⁶ et, par conséquent, les juridictions de l'Union considèrent qu'elle est conforme à la présomption d'innocence³⁷. En effet, la Cour eur. D.H. a jugé que des présomptions d'imputabilité ne sont pas incompatibles avec la Convention dès lors qu'elles sont proportionnées aux objectifs poursuivis, y compris lorsqu'elles sont difficiles à renverser, pourvu qu'il soit possible d'apporter la preuve contraire³⁸.

Néanmoins, comme l'a relevé l'avocat général Bot dans l'affaire *Arcelor Mittal*, le renversement de la charge de la preuve induit par cette présomption est de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux des entreprises. C'est ainsi que l'avocat général a estimé que la Commission devrait apporter d'autres

³⁴ Voy., p. ex., C.J., 22 novembre 2012, *E.ON Energie AG/Commission*, C-89/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 76.

³⁵ Voy., p. ex., C.J., 25 octobre 1983, *AEG/Commission*, 107/82, *Rec.*, p. 3151, point 50.

³⁶ C.J., 10 septembre 2009, *Akzo/Commission*, C-97/08 P, *Rec.*, p. I-8237, point 60.

³⁷ C.J., 26 novembre 2013, *Gascogne/Commission*, C-58/12 P, non encore publié au *Rec.*, points 40 et 41.

³⁸ Cour eur. D.H., 21 mai 2003, *Janosevic/Suède*, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, points 101 à 105.

éléments de preuve « *rendant vraisemblable la présomption en cause* »³⁹. Un examen des affaires dans lesquelles cette question a été soulevée montre que le renversement de cette présomption relève de l'impossible. En pratique, dans la quasi-totalité des cas, les arguments avancés par les sociétés mères afin de renverser la présomption ont toujours été rejetés⁴⁰.

Cette conclusion n'est pas démentie par le fait que dans quelques affaires plus récentes, les juridictions de l'Union se sont montrées plus exigeantes quant à l'obligation de la Commission d'examiner soigneusement les arguments soulevés par les requérants pour renverser la présomption⁴¹.

Si d'un point de vue substantif, on peut admettre que le droit européen de la concurrence fasse appel à des fictions juridiques qui diffèrent de celles appliquées dans le droit commercial national, telles que celle de l'entreprise en tant qu'être moral économique, la création d'une présomption d'imputabilité officiellement réfragable, mais qui, en réalité, ne l'est pas crée un sentiment de malaise. Il aurait sans doute été plus judicieux pour les juridictions de l'Union de développer un concept objectif de la notion d'entreprise en tant qu'entité économique qui ne reposerait pas sur une présomption que la Commission peut appliquer à sa guise. Ceci empêcherait la répétition de situations telles que celle qui a surgi dans les affaires du tabac brut espagnol et italien.

Dans la première affaire, la Commission a choisi de ne pas appliquer la présomption à la société Deltafina de façon à pouvoir imposer deux amendes distinctes, calculées sur des bases différentes, à Deltafina, filiale à 100 % de la société Universal, et à sa société-sœur, Taes. Il aurait, en effet, été difficile de justifier l'imposition d'amendes distinctes à deux composantes d'une seule et même entreprise : la Commission a donc choisi de ne pas traiter Universal et ses filiales comme une seule entité économique aux fins de l'application de l'article 101 TFUE⁴². Un an plus tard, toutefois, dans la décision *tabac brut* italienne, la Commission a appliqué la présomption d'imputabilité au groupe Universal qu'elle a dès lors appréhendé comme constituant une seule entreprise à laquelle s'appliquait la limite de 10 % du chiffre d'affaires fixée par

³⁹ Conclusions de l'avocat général Bot présentées le 26 octobre 2010 sous C.J., 29 mars 2011, *Arcelor Mittal Luxembourg/Commission et Commission/Arcelor Mittal Luxembourg e.a.*, C-201/09 P et C-216/09 P, *Rec.*, p. I-2239, points 206 à 212.

⁴⁰ Voy. P. PATAT et P. GUIBERT, « L'imputabilité du comportement anticoncurrentiel d'une filiale dont la totalité du capital est détenu par sa société mère, encore et toujours... », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 28, 2011, p. 126.

⁴¹ Trib., 16 juin 2011, *L'Air liquide/Commission*, T-185/06, *Rec.*, p. II-2809, points 72 à 79, et C.J., 20 janvier 2011, *General Química SA, et autres c. Commission*, C-90/09 P, *Rec.*, p. I-1, points 76 à 79.

⁴² Décision de la Commission du 20 octobre 2004, affaire COMP/C/38.238/B.2, *Tabac brut-Espagne*, point 376.

l'article 15, paragraphe 2, du Règlement 17/62⁴³. Ceci lui a permis d'imposer à Deltafina une amende supérieure à 10 % du chiffre d'affaires de cette dernière⁴⁴. Le Tribunal n'a rien trouvé de critiquable dans cet usage pour le moins désinvolte de la présomption d'imputabilité dans ces deux affaires et la Cour de Justice ne l'a pas censuré⁴⁵.

Dans le contentieux en matière de concurrence le plus abondant au niveau européen, à savoir celui des cartels, la tâche du requérant est rendue particulièrement difficile en raison de la définition très large de ce que constitue un cartel consacrée par la jurisprudence. Toute forme de contact, soit direct ou indirect, entre des concurrents dont l'objet ou l'effet est de fausser la concurrence est interdite⁴⁶. La Commission n'est pas tenue de démontrer l'existence d'un effet sur le niveau des prix, ni même de définir le marché pertinent⁴⁷. Le concept d' « infraction unique et continue » permet également à la Commission de rendre une entreprise responsable, pour toute la durée de sa participation à une infraction, des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises dans le cadre de la même infraction⁴⁸.

III. – Le degré du contrôle juridictionnel

Un autre écueil rencontré par l'entreprise qui cherche à faire reconnaître son innocence dans un recours en annulation dirigé contre la décision de la Commission qui l'a condamnée est la large marge d'appréciation traditionnellement octroyée par les juridictions de l'Union à la Commission en ce qui concerne les analyses économiques contenues dans ses décisions. Le Tribunal comme la Cour ont jugé que, lorsque la Commission procède à des analyses économiques et techniques complexes, elle jouit d'une large marge d'appréciation qui a pour conséquence de limiter le contrôle juridictionnel. Il est, en

⁴³ Règlement n° 17 du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *J.O.* n° 13, p. 204.

⁴⁴ Décision de la Commission du 20 octobre 2005, affaire COMP/C.38.281/B.2, *Tabac brut-Italie*, points 331 et 348.

⁴⁵ Trib., 12 octobre 2011, *Alliance One International/Commission*, T-41/05, *Rec.*, p. II-7101, point 121, Trib., 9 septembre 2011, *Alliance One International/Commission*, T-25/06, *Rec.*, p. II-5741, point 215, et C.J., 26 septembre 2013, *Alliance One International/Commission*, C-679/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 41 à 51.

⁴⁶ F. CASTILLO DE LA TORRE, « Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases », *op. cit.*, p. 324.

⁴⁷ Trib., 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV et autres/Commission*, *op. cit.*, point 675.

⁴⁸ Voy., p. ex., C.J., 6 décembre 2012, *Commission/Verhuizingen Coppens NV*, C-441/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 41 à 47. Voy. également Trib., 12 décembre 2007, *BASF et UCB/Commission*, T-101/05 et T-111/05, *Rec.*, p. II-4949, points 179 à 181.

effet, de jurisprudence constante que le contrôle juridictionnel se limite alors à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir⁴⁹.

Si les analyses économiques ne jouent en général aucun rôle dans les affaires de cartel, il n'en va pas de même dans les procédures concernant les abus de position dominante interdits par l'article 102 TFUE. De plus en plus, la constatation de l'existence d'un abus repose sur des analyses économiques qui jouent dès lors un rôle essentiel dans l'identification de l'infraction et donc, par voie de conséquence, dans l'imposition éventuelle d'une amende, laquelle peut être considérable⁵⁰.

L'exemple le plus marquant de l'exercice d'un contrôle marginal nous est fourni par l'affaire *France Télécom* dans laquelle le Tribunal devait se prononcer sur la légalité de l'analyse conduite par la Commission pour l'application du test de prédation⁵¹. La requérante contestait la méthode de calcul des coûts retenue par la Commission dans son analyse. Elle estimait qu'une autre méthode était plus appropriée pour calculer les coûts, à savoir celle des *cash flows* actualisés. En effet, selon la requérante, cette méthode était la seule fiable sur le plan économique, universellement reconnue et conforme aux calculs économiques d'investissements réalisés par les économistes et les opérateurs financiers.

Après avoir jugé, contrairement à ce que soutenait la requérante, que la méthode de la Commission revêtait un caractère dynamique en prenant en compte les évolutions tarifaires durant la période de l'infraction, le Tribunal a catégoriquement refusé de prendre en considération la méthode alternative fondée sur les *cash flows* actualisés proposée par la requérante, quand bien même une telle méthode pourrait être économiquement justifiée. Ainsi, selon le Tribunal :

« [...] quant à l'allégation de WIN selon laquelle seule la méthode des *cash flows* actualisés serait pertinente pour calculer les taux de couverture dans le cas

⁴⁹ Voy., p. ex., C.J., 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, aff. jointes 56 et 58/64, *Rec.*, p. 559, C.J., 7 janvier 2004, *Aalborg Portland/Commission*, *op. cit.*, point 279, Trib., 7 juin 2013, *Spar Österreichische Warenhandels AG/Commission*, T-405/08, point 51, et Trib., 29 novembre 2012, *Groupement des cartes bancaires « CB »/Commission*, T-491/07, non encore publié au *Rec.*, point 64.

⁵⁰ Dans la décision de la Commission du 13 mai 2009, (Aff. *COMP/C-3 /37.990 – Intel*), une amende record de 1 060 000 000 euros a été imposée à Intel. De même, dans la décision *Microsoft* du 24 mars 2004 (Aff. *COMP/C-3/37.792 Microsoft*), la Commission avait condamné Microsoft à une amende de 497 196 304 euros.

⁵¹ Selon ce test : « des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables permettent de présumer le caractère éliminatoire d'une pratique de prix et que, d'autre part, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent » (C.J., 3 juillet 1991, *AKZO Chemie BV/Commission*, C-62/86, *Rec.*, 1991, p. I-3359, points 71 et 72).

d'espèce, il y a lieu d'observer que, quand bien même WIN établirait le caractère adapté à certains égards de la méthode qu'elle préconise, cela ne saurait suffire à prouver l'illégalité de la méthode utilisée en l'espèce par la Commission. Il incombe à la requérante d'établir cette illégalité. Or, l'examen qui précède a révélé que la Commission n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en choisissant cette méthode »⁵².

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour⁵³.

Cet arrêt montre bien à quel point les juridictions de l'Union octroient une marge d'appréciation fort importante à la Commission en matière d'analyses économiques et cela même dans des affaires où elles jouent un rôle déterminant. Entre deux méthodes de calcul, l'une qui innocente l'entreprise et l'autre qui la condamne, le Tribunal entérine celle qui condamne, parce qu'elle a été choisie par la Commission et qu'elle n'est pas affectée par une erreur manifeste d'appréciation. Le Tribunal ne pose pas la question de savoir si cette méthode est la seule possible. Or, comment justifier l'imposition d'une amende si d'autres méthodes d'allocation des coûts sont rationnellement envisageables et que leur application conduit à la conclusion que le comportement de l'entreprise n'est pas infractionnel ? Ceci devrait suffire à créer à tout le moins un doute quant à la culpabilité de l'entreprise.

L'affirmation que le contrôle juridictionnel des appréciations techniques complexes effectuées par la Commission est « limité » se retrouve dans un arrêt du Tribunal aussi récent que celui rendu dans l'affaire *Telefónica* le 29 mars 2012⁵⁴. Même si le Tribunal rappelle qu'il doit respecter la présomption d'innocence conformément à l'article 6, paragraphe 2 de la CEDH et à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union⁵⁵, il se contente en réalité d'un contrôle juridictionnel marginal en faisant siens tous les aspects de l'analyse technique et économique contestés par *Telefónica* sur lesquels repose la constatation d'infraction⁵⁶.

L'utilisation du concept de contrôle marginal dans la jurisprudence des juridictions de l'Union a suscité diverses critiques, fort compréhensibles en raison de l'atteinte au principe de contrôle juridictionnel effectif qui en résulte⁵⁷.

⁵² Trib., 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/03, *Rec.*, p. II-107, point 153.

⁵³ C.J., 2 avril 2009, *France Télécom/Commission*, C-202/07, *Rec.*, p. I-2369.

⁵⁴ Trib. 29 mars 2012, *Telefónica/Commission*, T-336/07, non encore publié au *Rec.*, points 67 à 73.

⁵⁵ *Ibid.*, point 73.

⁵⁶ *Ibid.*, points 220, 222, 223, 226, 251 et 276.

⁵⁷ I. FORRESTER, « A Bush in Need of Pruning : The Luxuriant Growth of “Light Judicial Review” », in C.-D. EHLERMANN et M. MARQUIS (éds.), *European Competition Law Annual 2009*, *op. cit.*, pp. 422 et s. ; J. VENIT, « Human All Too Human : The Gathering and Assessment of Evidence and the Appropriate Standard of Proof in Commission Enforcement Proceedings Applying Articles 81 and 82 », in C.-D. EHLERMANN et M. MARQUIS (éds.), *op. cit.*, p. 252.

En matière de concentrations, la Cour a cherché à se distancier de cette jurisprudence et c'est ainsi que, dans l'arrêt *Tetra Laval* de 2005, elle a précisé que :

« si le juge communautaire reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique ou technique, cela n'implique pas qu'il doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de cette nature. En effet, le juge communautaire doit notamment non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »⁵⁸.

Par la suite, le Tribunal a expressément reconnu que l'analyse « quant aux circonstances de la réalisation d'une opération de concentration est soumise à un contrôle entier » de sa part en raison de l'absence de marge d'appréciation de la Commission en la matière⁵⁹.

De manière générale, la Cour a souligné que le contrôle juridictionnel exercé par le Tribunal doit être plein et entier. C'est ainsi que dans ses arrêts *KME* et *Chalkor* de 2011 relatifs au contrôle du montant des amendes dans une affaire de cartel, la Cour a précisé que le Tribunal « ne saurait s'appuyer sur la marge d'appréciation dont dispose la Commission ni en ce qui concerne le choix des éléments pris en considération lors de l'application des critères mentionnés dans les lignes directrices ni en ce qui concerne l'évaluation de ces éléments pour renoncer à exercer un contrôle approfondi tant de droit que de fait »⁶⁰.

Il est intéressant de noter que la Cour a estimé que le Tribunal avait exercé un contrôle entier en dépit du fait que son arrêt se référait expressément à la notion de contrôle marginal. C'est ainsi que, dans les affaires *KME* et *Chalkor*, la Cour a relevé toutes les références au « pouvoir d'appréciation », à la « marge substantielle d'appréciation », ou encore à la « large marge d'appréciation » de la Commission contenues dans l'arrêt du Tribunal mais elle a néanmoins conclu que le Tribunal avait procédé au contrôle plein et entier, en droit et en fait, auquel il est tenu⁶¹. Dans un arrêt très récent, la Cour a réaffirmé que, afin de vérifier si le Tribunal a bien exercé un contrôle juridictionnel entier, il ne faut pas tenir compte de « la description abstraite et déclaratoire du contrôle

⁵⁸ C.J., 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval*, *op. cit.*, point 39.

⁵⁹ Trib., 12 décembre 2012, *Electrabel/Commission*, T-332/09, non encore publié au *Rec.*, point 42.

⁶⁰ C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 62, et C.J., *KME/Commission*, *op. cit.*, point 102. Voy. également C.J., 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a./Commission*, C-501/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 37.

⁶¹ C.J., 8 décembre 2011, *KME/Commission*, *op. cit.*, point 109, et C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10 P, *op. cit.*, point 82.

juridictionnel » figurant dans l'arrêt « étant donné que ce qui importe est le critère que le Tribunal a effectivement appliqué »⁶², en l'occurrence pour examiner concrètement la valeur ajoutée apportée par la coopération des entreprises concernées avec la Commission.

Cette jurisprudence récente soulève la question de savoir en quoi consiste concrètement l'exigence d'un contrôle juridictionnel plein et entier dans la mesure où des arrêts du Tribunal où ce dernier se réfère expressément à la large marge d'appréciation de la Commission sont néanmoins considérés comme conformes à cette exigence. Il reste donc à espérer que, dans la réalité, le contrôle marginal va effectivement se marginaliser⁶³ et que, sur la forme comme sur le fond, sonnera définitivement le « glas »⁶⁴ de ce type de contrôle.

IV. – Les pouvoirs d'instruction du Tribunal

Afin d'établir les faits, les juridictions de l'Union se sont vu octroyer divers pouvoirs d'instruction énumérés dans leur règlement de procédure. De telles mesures d'instruction comprennent : la comparution personnelle des parties, la demande de renseignements et de production de documents, la preuve par témoins, l'expertise ainsi que la descente sur les lieux⁶⁵.

L'utilisation des pouvoirs d'instruction par le Tribunal est une compétence qu'il exerce de manière discrétionnaire. La Cour a jugé ainsi à diverses reprises que « le Tribunal [...] est seul compétent, en principe, pour apprécier l'utilité de mesures d'instruction aux fins de la solution du litige »⁶⁶.

En pratique, ces pouvoirs ne sont presque jamais utilisés dans les affaires de concurrence. Contrairement à la Cour qui, avant la création du Tribunal, avait désigné des experts économiques à deux reprises⁶⁷, le Tribunal n'a jamais

⁶² C.J., 24 octobre 2013, *Kone/Commission*, C-510/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 43.

⁶³ M. JAEGER, « The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments : Towards the Marginalisation of the Marginal Review ? », *J.E.C.L.P.*, 2011/4, p. 295.

⁶⁴ G. MUGUET-POULLENNEC, D. P. DOMENICUCCI et F. HOSEINIAN, « 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 », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2012, n° 32, p. 57.

⁶⁵ Article 64 du Règlement de procédure de la Cour 2012, *J.O.* L 265 p. 1 ; Article 65 du Règlement de procédure du Tribunal du 2 mai 1991, *J.O.* L 136, p. 1.

⁶⁶ Voy., p. ex., C.J., 14 mars 2013, *Viega GmbH & Co. KG/Commission*, C-276/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 39 et 40, et C.J., 28 juillet 2011, *Diputación Foral de Vizcaya e.a./Commission*, C-471/09 P à C-473/09 P, *Rec.*, p. I-111*, point 89.

⁶⁷ C.J., 14 juillet 1972, *Imperial Chemical Industries/Commission*, 48/69, *Rec.*, p. 619, et C.J., 31 mars 1993, *Ahlström et autres/Commission*, aff. jointes C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 et C-125/85 à C-129/85, *op. cit.*

procédé de la sorte. De même, aucune descente sur site n'a été décidée par le Tribunal pour rechercher des preuves en matière de concurrence. Il est vrai que la matière ne s'y prête pas particulièrement. De plus, rares sont les cas où des témoins ont été entendus⁶⁸, le Tribunal ayant tendance à refuser les demandes d'audition qui lui sont présentées par les requérantes⁶⁹. Enfin, les demandes de production de documents de la Commission présentées par les requérantes sont fréquemment rejetées par le Tribunal qui estime le plus souvent que ces dernières ne démontrent pas l'utilité des documents dont elles demandent la production⁷⁰. En général, le dossier sur la base duquel le Tribunal rend son jugement est constitué par les pièces soumises par les parties ainsi que celles qu'il pourrait demander.

Depuis un certain temps, une tendance se développe au sein du Tribunal de transformer l'audience de plaidoirie en « instruction à l'audience ». Au cours de celle-ci, les parties sont soumises à une série de questions et parfois même des témoignages sont entendus informellement en dehors du cadre fixé par le Règlement de procédure. Dans certains cas, le Tribunal se limite à cette « instruction à l'audience », sans prendre d'autre mesure d'instruction, telle que, par exemple, des questions écrites adressées aux parties. Comme les enregistrements des audiences effectués par le Tribunal ne sont jamais mis à la disposition des parties, les informations fournies à l'audience n'ont aucune existence officielle et ne font donc pas partie du dossier transmis à la Cour en cas de pourvoi.

En ce qui concerne les experts, la réticence du Tribunal d'en désigner peut s'expliquer par le souci des juges de ne pas se dessaisir de leurs pouvoirs au profit d'experts techniques. En effet, il n'est pas aisé pour une juridiction de se départir de leur analyse. Certains font ainsi justement remarquer qu'une fois qu'un rapport d'experts a été requis, les juges ne questionnent que rarement ses conclusions, conférant ainsi un rôle d'assesseur aux experts⁷¹. Néanmoins, dans les affaires dans lesquelles la Commission fonde sa décision sur des considérations d'ordre économique, la désignation d'un expert peut se révéler nécessaire pour éclairer le juge. Ainsi, par exemple, les experts économiques nommés par la Cour dans l'affaire *Pâte de Bois* lui ont permis de rejeter avec autorité la thèse défendue par la Commission selon laquelle la seule explication

⁶⁸ Trib., 17 décembre 1991, *SA Hercules Chemicals NV/Commission*, T-7/89, *Rec.*, p. II-1711, point 44.

⁶⁹ Voy., p. ex., Trib., 27 juin 2012, *Berning/Commission*, *op. cit.*, points 35 à 41, et Trib., 13 juillet 2011, *ThyssenKrupp/Commission*, aff. jointes T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 et T-154/07, *Rec.*, p. II-5129, point 152.

⁷⁰ Voy., p. ex., Trib., 27 février 2013, *Nitrogénművek Vegyipari Zrt/Commission*, T-387/11, non encore publié au *Rec.*, points 130 à 133.

⁷¹ E. BARBIER DE LA SERRE et A. SIBONY, « Expert Evidence Before the EC Courts », *C.M.L. Rev.*, 2008, p. 962.

possible pour le comportement des entreprises incriminées était l'existence de pratiques concertées. Or, la Commission ne disposait d'aucune preuve de l'existence de contacts de nature anticoncurrentielle entre les entreprises concernées. La constatation de l'infraction reposait uniquement sur un raisonnement à caractère économique dont les experts désignés par la Cour ont démontré l'insuffisance.

Si la faible utilisation des pouvoirs d'instruction du Tribunal peut s'expliquer dans un contexte où le contrôle juridictionnel des analyses économiques et techniques complexes est marginal, on peut espérer que l'abandon de ce type de contrôle conduira à un recours plus intensif aux mesures d'instruction mises à la disposition du Tribunal par son Règlement de procédure.

Conclusion

Afin de mettre un terme à l'incertitude persistante en matière de degré de preuve, il serait opportun que les juges exigent systématiquement que les preuves fournies par la Commission ne laissent subsister aucun doute raisonnable quant à l'existence d'une infraction.

Nous avons vu que le mécanisme procédural par lequel l'entreprise présente sa défense devant le juge entraîne, de fait, un renversement de la charge de la preuve, puisque la décision attaquée bénéficie d'une présomption de légalité. Le principe selon lequel l'accusé a toujours le dernier mot pourrait être introduit dans la procédure juridictionnelle, à tout le moins dans les affaires où des amendes peuvent être imposées, par un amendement minime des règles de procédure supprimant la possibilité aujourd'hui accordée à la Commission de déposer un ultime mémoire.

En raison des développements de la jurisprudence de la Cour eur. D.H., le concept de contrôle marginal des appréciations économiques et techniques complexes effectuées par la Commission a perdu droit de cité. Il faut espérer qu'à l'avenir le vocable de l'erreur manifeste d'appréciation encore utilisé par le Tribunal sera abandonné afin qu'il n'y ait plus de doute quant au degré de contrôle juridictionnel qui doit être plein et entier. Dans ce contexte, il serait bienvenu que le Tribunal utilise pleinement les mesures d'instruction à sa disposition pour exercer un contrôle approfondi sur tous les éléments contestés de la décision soumise à son appréciation, y compris ceux qui relèvent de l'analyse économique ou technique complexe.

CHAPITRE 4. LA COMPÉTENCE DE PLEINE JURIDICTION DU JUGE DE L'UNION QUANT AUX AMENDES PRONONCÉES PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE EN MATIÈRE DE CONCURRENCE

David BOSCO¹

Introduction

1. Actualité du problème de la compétence de pleine juridiction.
Notre sujet est à la fois ancien et neuf². Il est ancien, car les textes qui fondent la compétence du juge de l'Union quant aux décisions de la Commission européenne prononçant des amendes le sont, et ils ont toujours suscité quelques contentieux. L'article 17 du règlement n° 17/62³ prévoyait déjà, comme l'article 31 du règlement (CE) n° 1/2003 qui l'a remplacé, que le juge statue avec « compétence de pleine juridiction », au sens du traité CE⁴, sur les décisions prononçant une amende. Notre sujet est cependant neuf, car, de toute évidence, l'on ne considère plus ces textes de la même manière que par le passé. L'une des raisons principales à cela est que les amendes prononcées en cette matière par la Commission ont augmenté de manière très significative depuis quelques années⁵. Confrontées à cette montée en puissance de la politique de

¹ Professeur de droit à Aix-Marseille Université. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : david.bosco@univ-amu.fr.

² Sur le sujet, P. MENGOZZI, « La compétence de pleine juridiction du juge communautaire », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo Versterdorf*, Bruxelles, Bruylant 2007, pp. 226 et s. Adde M.-C. BERGERÈS, « Le contrôle par les juridictions communautaires du montant de l'amende fixée par la Commission en matière de concurrence », *Petites affiches*, 1993, n° 19, p. 10 ; parmi les ouvrages, voy. L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence. Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2013.

³ Règlement n° 17 du Conseil, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, *J.O.* n° 13 du 21 février 1962, p. 204. Aujourd'hui, article 31 du règlement (CE) n° 1/2003 (*J.O.* L1, p. 1).

⁴ Article 172 CE : « Les règlements établis par le Conseil en vertu des dispositions du présent Traité peuvent attribuer à la Cour de Justice une compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les sanctions prévues dans ces règlements » ; lire aujourd'hui l'article 261 du TFUE.

⁵ Sur ce durcissement, voy. C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, coll. Droit de l'UE, Bruxelles, Bruylant 2013, n°s 1433 et s.

concurrence, les entreprises ont eu pour réflexe premier de mettre en question la légitimité d'un système où des sanctions d'une telle ampleur sont prononcées par un organe de type administratif. Tous les regards se sont naturellement tournés vers le juge et le contrôle que le traité l'invite à exercer sur les décisions de sanction de la Commission. Quelle est, précisément, la nature de ce contrôle ? Est-il suffisamment approfondi ? Quelles en sont les conséquences concrètes pour les entreprises ? Permet-il, concrètement, d'obtenir une diminution de l'amende prononcée ? C'est peu dire que l'augmentation du montant des amendes prononcées par la Commission a exacerbé les enjeux du contrôle juridictionnel. Le débat s'est diffusé dans les États membres de l'Union. On y a convoqué le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, les traités fondateurs, les principes généraux du droit... les plaideurs ont fait flèche de tout bois.

Au cœur de ce débat se trouve la compétence de pleine juridiction du juge de l'Union, c'est-à-dire le pouvoir qui lui est attribué par le traité de réformer l'amende prononcée par la Commission européenne. Aussi curieux que cela puisse paraître, la nature autant que le régime juridique de ce pouvoir traditionnel du juge de l'Union sont encore aujourd'hui entourés de nombreuses incertitudes. Dans les arrêts rendus par le juge de l'Union, il est d'ailleurs devenu habituel de trouver de longs, et même souvent de très longs, développements consacrés aux conditions de déclenchement (III) ainsi qu'aux modalités de mise en œuvre de cette compétence (IV). En général, on peut déceler dans ce type de phénomène le signe d'une jurisprudence qui cherche sa voie. Il faut dire, en l'occurrence, que le fondement même de ce pouvoir du juge de l'Union n'est pas tout à fait clairement identifié (II). Avant de l'expliquer, il n'est peut-être pas inutile de rappeler le contenu de la notion dont cette étude se propose d'évoquer l'actualité (I).

I. – Notion de compétence de pleine juridiction

2. Compétence de pleine juridiction et contrôle de pleine juridiction. Il est une première ambiguïté qu'il est important de dissiper à titre liminaire quant à la notion de pleine juridiction. Elle a pour origine, en particulier, la diversité des intervenants au débat qu'elle suscite. Sous la même notion de « pleine juridiction », les juges et autorités de concurrence ne visent pas toujours la même chose selon qu'ils parlent de Bruxelles, Strasbourg ou Luxembourg. En effet, le problème du contrôle juridictionnel des décisions des autorités de concurrence a eu un retentissement qui a dépassé le cadre de l'ordre juridique de l'Union. En particulier, il a été demandé à la Cour eur. D.H. de préciser quelles doivent être les contours de ce contrôle afin de satisfaire

aux exigences de la Convention. Or, pour le dire, la Cour a utilisé la notion de « pleine juridiction ». Dans l'affaire *Menarini*⁶, la Cour eur. D.H. jugeait ainsi que la Convention impose qu'un « organe de pleine juridiction » puisse connaître de la décision administrative. Il importe de noter qu'en cela, la Cour eur. D.H. visait surtout la question du « standard de contrôle »⁷ qu'exerce le juge sur la décision adoptée, c'est-à-dire le degré de profondeur de l'examen juridictionnel sur les différentes constatations de la décision administrative considérée. En droit de l'Union, et pour les besoins de notre étude, la notion de « pleine juridiction » est plus étroite ; elle désigne seulement la nature des pouvoirs du juge sur le montant de la sanction prononcée par la Commission européenne. Le point de savoir quelle est l'intensité du standard de contrôle sur, par exemple, les qualifications retenues par l'autorité administrative, est une question intimement liée à celle des pouvoirs de réformation à la disposition du juge, mais c'est une question distincte⁸. Nous envisagerons donc la notion de pleine juridiction dans le sens étroit qui est retenu par les textes de l'Union.

3. Le dispositif prévu par les textes. Le traité CE, comme aujourd'hui le traité FUE, prévoyait que la Cour de justice « contrôle la légalité des actes [...] de la Commission »⁹. À cet effet, elle est compétente « pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir »¹⁰. Dans le cadre du contrôle de légalité que la Cour exerce, certains pouvoirs lui sont attribués. Elle dispose ainsi de celui d'annuler la décision de la Commission contraire à la légalité. Mais le droit communautaire prévoyait aussi – tout comme le droit de l'Union aujourd'hui – une autre pouvoir concernant les *sanctions* prononcées. En effet, le traité permet à ce dernier de demander à la Cour de mettre en œuvre une compétence de pleine juridiction « en ce qui concerne les sanctions »¹¹. Cette compétence, ouverte par le traité, est consacrée par le

⁶ Cour eur. D.H., 2^e sect., 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, req. n° 43509/08.

⁷ Sur cette notion, H. LEGAL, « Standard of Proof and Standard of Judicial Review in EU Competition Law », *Fordham Corp. L. Inst.*, 2005 (B. HAWK, éd. 2006), chap. 5.

⁸ On conçoit difficilement qu'une compétence de pleine juridiction soit confiée à un juge qui ne peut pas exercer un contrôle approfondi des faits. Mais on voit bien que les notions de compétence de pleine juridiction et de contrôle de pleine juridiction ne se chevauchent pas parfaitement : par exemple, il est possible qu'un contrôle soit considéré comme étant de pleine juridiction au sens de la Convention EDH, parce que le juge peut connaître de tous les éléments de la décision, mais que, pour autant, il ne dispose pas d'une compétence de pleine juridiction, car il n'a pas la possibilité de substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative. C'était d'ailleurs le cas dans l'affaire *Menarini* (précitée) : le juge pouvait contrôler tous les éléments de la décision, mais ne pouvait pas substituer son appréciation à celle de l'administration, sauf en ce qui concerne le montant des sanctions.

⁹ Article 173 du traité CE, aujourd'hui article 263 du traité FUE.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Article 172 du traité CE, aujourd'hui article 261 du traité FUE.

règlement en matière de pratiques anticoncurrentielles (le règlement n° 17/62 hier, qui est devenu le règlement n° 1/2003) qui dispose que « [l]a Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours formés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte »¹². Bien que le libellé de cette disposition du règlement soit ambigu, il y a lieu de croire que celle-ci fait écho au traité, de sorte que la compétence de pleine juridiction offerte au juge est limitée aux sanctions prononcées¹³. En quoi consiste-t-elle ? À accorder au juge « le pouvoir de supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée »¹⁴, c'est-à-dire, en somme, substituer sa propre analyse du montant de la sanction à celle de la Commission européenne.

4. Compétence de pleine juridiction et contrôle de légalité. C'est essentiellement par contraste avec le contrôle de légalité que l'on situe aujourd'hui la spécificité de la compétence de pleine juridiction. Il est, en effet, devenu habituel de distinguer, en droit de l'Union, deux types de contrôles juridictionnels exercés par le juge. Dans le cadre du contrôle de légalité des actes de la Commission, le juge détermine si la Commission « est parvenue à ses conclusions d'une manière qui n'est pas légalement fondée »¹⁵. La Commission a ici un pouvoir d'appréciation sur lequel le juge ne saurait « empiéter » et ce dernier ne saurait substituer sa propre évaluation de circonstances économiques complexes à celle de la Commission¹⁶. Surtout, le juge n'a ici qu'un pouvoir d'annulation de la décision contrôlée ; on l'a dit, il ne peut substituer sa propre analyse des faits et « refaire » la décision selon son gré. Pour ce qui concerne le montant de la sanction, en revanche, le droit primaire confie au juge une « compétence de pleine juridiction » dont les contours sont assez différents. En effet, dans ce cadre, le juge peut modifier le montant choisi par la Commission en le supprimant, en le réduisant, voire en l'augmentant et il substituera alors son analyse à celle de la Commission. Ce pouvoir de « réformation » s'ajoute au contrôle de légalité ; on dit aussi parfois qu'il le complète, ce qui est au moins une manière de dire qu'il en est différent¹⁷. Cette présentation résume la façon

¹² Règlement n° 17, *op. cit.* Aujourd'hui, l'article 31 du règlement (CE) n° 1/2003 (*J.O.* L1, p. 1).

¹³ En ce sens, C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, C-386/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 67.

¹⁴ Règlement n° 17, *op. cit.* Aujourd'hui, l'article 31 du règlement (CE) n° 1/2003.

¹⁵ C.J., 24 octobre 2013, *Kone e.a.*, C-510/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 27.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Dans l'affaire *Chalkor*, *op. cit.*, la Cour précise ainsi que « Le contrôle juridictionnel des décisions des institutions a été organisé par les traités fondateurs. Outre le contrôle de légalité, prévu actuellement à l'article 263 TFUE, un contrôle de pleine juridiction a été envisagé en ce qui concerne les sanctions prévues par des règlements » (point 53, nous soulignons). La formule « outre le contrôle de légalité », ou « *in addition* » dans la version anglaise de l'arrêt, est explicite. Une autre présentation serait possible qui insisterait plutôt sur les différents pouvoirs (annulation, réformation) à la disposition du juge de l'Union dans le cadre du contrôle de légalité des décisions de la Commission.

dont, semble-t-il, la jurisprudence européenne conçoit la compétence de pleine juridiction. C'est en tout cas de cette manière que la Cour présente sa « doctrine » en la matière dans ses arrêts récents. La Cour paraît bien distinguer aujourd'hui les deux types de contrôle : « Outre le contrôle de légalité, prévu actuellement à l'article 263 TFUE, un contrôle de pleine juridiction a été envisagé en ce qui concerne les sanctions prévues par des règlements »¹⁸.

Mais dès lors que l'on rentre dans le détail de cette présentation, et que l'on s'interroge en particulier sur les conditions de déclenchement de la compétence de pleine juridiction ou sur l'exercice de celle-ci, les choses deviennent moins claires. À vrai dire, les incertitudes qui caractérisent le droit positif sur certains points résultent de l'affrontement de deux conceptions assez éloignées de la compétence de pleine juridiction. Les enjeux de cette opposition sont considérables. Pour expliquer les incertitudes qui entourent parfois le régime juridique de la compétence de pleine juridiction, il nous faut présenter brièvement ces deux conceptions qui interrogent le fondement même de la compétence de réformation du juge de l'Union.

II. – Fondement de la compétence de pleine juridiction du juge de l'Union

5. Quelle *ratio legis* ? S'interroger sur le fondement de la compétence de pleine juridiction revient à questionner sa raison d'être. Pourquoi le traité réserve-t-il un sort particulier à la question de la sanction ? Pourquoi, en d'autres termes, les pouvoirs du juge sont-ils plus importants quant à la sanction (une réformation est possible) que concernant les autres éléments de la décision, par exemple l'exercice de qualification des faits (seule une annulation est possible) ? On peut observer à titre liminaire que l'augmentation des pouvoirs du juge sur la sanction prononcée par la Commission s'inscrit sans doute dans une volonté de rendre plus acceptable un système dans lequel une autorité de type administratif prononce des sanctions. De même qu'au plan national l'on observe souvent un phénomène de juridictionnalisation des autorités de concurrence¹⁹, au plan de l'Union, le renforcement du contrôle juridictionnel des sanctions s'explique par une volonté de légitimation du système mis en place, notamment, en matière de concurrence. Mais au-delà de cette explication générale du fondement de la compétence de pleine juridiction, il reste de

¹⁸ C.J., 8 décembre 2011, *KME Germany e.a./Commission*, C-389/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 120.

¹⁹ Voy. sur ce point *supra* n° 7.

la place pour une divergence de vues quant à la mesure de cette compétence. On oppose depuis quelque temps déjà une conception étroite à une conception large²⁰.

6. Deux conceptions du fondement de la compétence de pleine juridiction. Pour comprendre la conception étroite de la compétence de pleine juridiction, il faut revenir sur l'équilibre institutionnel réalisé par le traité et le droit dérivé contenu par le règlement (CE) n° 1/2003 : à la Commission il revient de conduire une politique de concurrence ; au juge il revient de s'assurer que l'exécutif demeure dans le cadre de la légalité. Le traité paraît d'ailleurs donner au juge ce seul horizon en disposant que la Cour de justice « contrôle la légalité des actes [...] de la Commission »²¹. La compétence de pleine juridiction, dans cette perspective, permet au juge de tirer lui-même les conséquences concrètes attachées à la violation, par la Commission, de la loi. Ce pouvoir, complémentaire, mais dépendant du simple contrôle de la légalité, permet au juge de ramener la sanction prononcée dans le cadre de la légalité en modifiant son montant.

Cette conception étroite est, nous l'avons dit, clairement distincte d'une conception plus large dont plusieurs prises de positions montrent la force et l'actualité²². Pour ses partisans, l'argument invoqué au soutien de la conception étroite et tiré de la répartition institutionnelle des rôles dans l'Union est discutable. On a ainsi éloquentement avancé en ce sens que la fixation du montant de l'amende participe moins de la définition de la politique de concurrence que de sa « concrétisation »²³. Il s'agit, à l'évidence, d'un point central de la

²⁰ Au sujet de l'opposition entre une conception étroite et large, voy. déjà en tout premier lieu, K. LENAERTS, D. ARTS et I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell 2006, p. 448 ; P. MENGOZZI, « La compétence de pleine juridiction du juge communautaire », *op. cit.* ; voy. aussi L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence*, *op. cit.*, qui distinguent quant à eux une conception *subjective* d'une conception *objective*, point II.1590 et s.

²¹ Article 263 du traité FUE.

²² Voy. not. P. MENGOZZI, « La compétence de pleine juridiction du juge communautaire », *op. cit.*, ses conclusions présentées le 19 juillet 2012, sous C.J., 22 janvier 2013, *Commission/Tomkins*, C-286/11 P, les conclusions de M. l'Avocat général M. Wathelet, présentées le 26 septembre 2013, dans l'affaire *Telefonica SA*, C-295/12 P, et les conclusions de M. l'Avocat général Y. Bot, 21 juin 2012, C-89/11 P, *E.ON Energie AG/Commission*. Voy. également L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence*, *op. cit.*, chapitre II de la partie II.

²³ Voy. les conclusions de l'Avocat général Mischo, présentées le 18 mai 2000, sous C.J., 16 novembre 2000, *Mo och Domsjö/Commission*, C-283/98 P, *Rec.*, p. I-9855, points 142 à 145 : selon ces conclusions, « la fixation du montant des amendes à infliger aux membres d'une entente participe certes, dans une certaine mesure, de [la] définition [de la politique de la concurrence], mais à un niveau très modeste ». Il est ainsi noté que « Définir une politique de concurrence, c'est en effet avant tout fixer un niveau souhaitable de concurrence, à partir duquel seront, par exemple, appréciés les projets de concentration, identifier les types d'accords devant bénéficier d'une exonération par catégorie, fixer les priorités en fonction desquelles seront examinées les plaintes, jeter les bases d'une collaboration efficace entre les autorités communautaires et les autorités nationales compétentes en matière de concurrence, dégager des critères d'admissibilité des aides d'État, fixer des seuils en

discussion dont découlent bien des conséquences concrètes. Si la fixation du montant de l'amende ne relève pas de la politique de concurrence, il est concevable que le centre de gravité de la question se déplace vers le juge. De surcroît, il a aussi été expliqué que lorsqu'il met en œuvre sa compétence, le juge « ne se prononce que sur une affaire particulière », et que « [l]a Commission garde donc toutes ses compétences pour définir et appliquer sa politique générale dans d'autres dossiers »²⁴. Dès lors, la compétence de pleine juridiction reçoit une dimension considérablement plus ambitieuse que celle délimitée par la conception étroite. Le juge n'est plus seulement le gardien de la légalité, il apprécie personnellement, de manière indépendante, l'adéquation entre l'infraction commise et le montant de la sanction approprié. Et ce contrôle a pour fondement l'idée que la compétence de pleine juridiction est une « garantie supplémentaire » accordée au justiciable²⁵. Nous évoquerons quelques illustrations des conséquences à tirer de cette approche, mais la méthodologie globale qu'elle commande mérite d'être soulignée d'emblée : dans cette vue, le juge dont la compétence de pleine juridiction est « déclenchée » refait une analyse personnelle et complète du montant de l'amende. Il apprécie, *en opportunité*, quel doit être le juste montant de l'amende. En somme, il se fait ministre d'équité et non plus seulement juge de la légalité.

7. Tendances du droit positif. À notre connaissance, la Cour de justice n'a pas pris une position nette sur ce problème précis. Bien qu'elle nous paraisse susciter des réserves, nous devons reconnaître que la conception large de la pleine juridiction paraît recevoir quelques échos favorables dans le droit contemporain. Cette conception nous semble, en quelque sorte, dans l'« air du temps ».

D'abord, un mouvement se dessine en direction de la juridictionnalisation de la fixation des amendes administratives dans les systèmes juridiques des

delà desquels il peut être fait application d'une règle *de minimis* ». Il est relevé que « Dans ces différents domaines, le juge est également présent, mais il n'opère qu'un contrôle de pure légalité, précisément parce qu'il s'agit de définir une politique et que telle n'est pas sa vocation ». Cependant, « En matière de fixation du montant des amendes, on se situe davantage au niveau de la concrétisation d'une politique qu'au niveau de son élaboration, encore qu'une politique globale puisse en fait se construire par petites touches, par une accumulation de décisions individuelles révélatrices d'une approche cohérente, ce qui explique que le juge, par l'attribution d'une compétence de pleine juridiction, se soit vu reconnaître un pouvoir d'intervention plus étendu » et le fait « qu'il en fasse usage ne saurait être qualifié d'empiètement sur le domaine de compétence réservé des autorités politiques ». Cette distinction de la définition et de la concrétisation de la politique de concurrence est, pour nous, d'une subtilité excessive. Elle est discutable pour la raison, justement donnée par M. Mischo, qu'une politique de concurrence se construit par petite touche. L'augmentation du niveau des amendes est ainsi, de toute évidence, ces dernières années, un acte de politique de concurrence.

²⁴ Voy. les conclusions de M. l'Avocat général M. Wathelet présentées le 26 septembre 2013, dans l'affaire *Telefonica SA*, C-295/12 P, point 124.

²⁵ P. MENGOZZI, « La compétence de pleine juridiction du juge communautaire », *op. cit.*

États membres. Cela est manifeste en France, en particulier, où le législateur conçoit les autorités administratives sur un modèle proche des juridictions, tantôt en séparant les fonctions d'instruction et de décision²⁶, tantôt en réservant la fonction de sanction à un collège distinct composé de magistrats²⁷. L'idée se fait jour que c'est au juge de fixer la sanction publique.

Ensuite, la conception large paraît en phase avec l'évolution du standard de contrôle commandée par les exigences du procès équitable. On sait que le contrôle juridictionnel exercé par le juge sur les décisions de sanction de la Commission est paré d'une doctrine renouvelée. Les juges de Strasbourg et ceux de Luxembourg ont conjugué leurs efforts lorsqu'il fut question de justifier la politique d'augmentation des sanctions de la Commission au regard des exigences du droit à un procès équitable. La Cour eur. D.H. ne s'est certes pas prononcée sur le dispositif prévu par les textes de l'Union, mais elle a connu de la difficulté dans des affaires où la question du contrôle juridictionnel des décisions d'autorités de concurrence a été posée, en particulier dans l'affaire *Menarini*, qui concernait l'autorité de concurrence italienne²⁸. Il n'est pas nécessaire de revenir ici en détail sur cette jurisprudence²⁹. Résumons-en l'apport : la Cour eur. D.H. a estimé que les sanctions prononcées par l'autorité de concurrence concernée, du fait de leur sévérité, relevaient bien du volet pénal de l'article 6.1 de la Convention et qu'à ce titre, les exigences du procès équitable devaient être respectées en la matière. Elle a rappelé que de telles sanctions peuvent être prononcées par une autorité administrative si, sur recours, il est possible de saisir un tribunal répondant aux exigences de la Convention, et en particulier, celles d'être « un organe judiciaire de pleine juridiction ». Cela veut dire que cet organe doit disposer du « pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur [; i]l doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »³⁰. Or, en l'espèce, le juge concerné avait le pouvoir de se pencher sur

²⁶ C'est le cas de l'Autorité française de la concurrence, sur l'organisation de laquelle voy. C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, op. cit., n° 1676 et s.

²⁷ C'est le cas, par exemple, de l'Autorité des marchés financiers – Article L. 621-15 du Code monétaire et financier ou, plus récemment, de l'Autorité de régulation des jeux en ligne – article 41 et s. de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

²⁸ Cour eur. D.H., 2^e sect., 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, req. n° 43509/08.

²⁹ Pour un commentaire de l'affaire, voy. in *Contrats, concurrence, consommation*, n° 12, Décembre 2011, comm. 262, disponible sur le site <ssrn.com>, n° 2014062. Plus généralement, D. SPIELMANN, « Le droit de la concurrence devant la Cour européenne des droits de l'homme », AECLJ, Luxembourg, 14 juin 2013, disponible sur le site internet de la Cour eur. D.H..

³⁰ Cour eur. D.H., 2^e sect., 27 septembre 2011, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, précité.

les « différentes allégations » des requérants, de « vérifier si l'administration a fait un usage approprié de ses pouvoirs », « examiner le bien-fondé et la proportionnalité des choix de (l'autorité de concurrence) et même vérifier ses évaluations techniques ». « De plus », est-il noté, « le contrôle effectué sur la sanction a été de pleine juridiction », car le juge aurait pu remplacer la sanction choisie par l'administration. Certes, la Cour eur. D.H. n'a pas jugé que seul un système dans lequel le juge peut, sur recours, réformer la sanction est conforme à la Convention. Mais il reste que la possibilité donnée, en l'occurrence, au juge de remplacer la sanction était un élément important aux fins de considérer que le dispositif envisagé garantissait un procès équitable aux justiciables. C'est un premier signal. La Cour de justice a, au reste, elle aussi souligné l'existence d'une compétence de pleine juridiction « quant au montant de l'amende » pour juger le dispositif du droit de l'Union conforme au principe de protection juridictionnelle effective figurant à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux³¹. En somme, la compétence de pleine juridiction exercée par le juge de l'Union sur le montant de l'amende prononcée est bien au cœur des garanties procédurales dues au justiciable concerné par une décision administrative de sanction. Et elle le sera d'autant mieux que le juge peut complètement et de manière indépendante refaire l'appréciation de la sanction.

Cette « tendance » favorable à une approche large de la compétence de pleine juridiction ne saurait toutefois être confirmée qu'à l'épreuve du droit positif. Or, de ce point de vue, le droit de l'Union n'est pas toujours cohérent. On peut le vérifier d'abord à l'étude des conditions auxquelles est subordonné le déclenchement de cette compétence.

III. – Conditions de déclenchement de la compétence de pleine juridiction

8. Position du problème. L'opposition entre une conception étroite et une conception large de la compétence de pleine juridiction joue à plein concernant les conditions de déclenchement de cette compétence. En se concentrant sur les questions qui ont occupé, ces derniers temps, l'actualité du contentieux européen de concurrence, on évoquera d'abord un problème de fond : la compétence de pleine juridiction suppose-t-elle que soit démontré, au préalable, un vice de légalité de la décision ? Nous envisagerons ensuite le cadre procédural dans lequel se fonde la compétence de pleine juridiction à l'étude de la nature

³¹ C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor*, C-386/10 P, *op. cit.*, point 67.

du recours à intenter, et du point de savoir si des conclusions formelles doivent solliciter le déclenchement des pouvoirs de réformation du juge.

9. Compétence de pleine juridiction et constat préalable d'une illégalité. D'abord, l'opposition entre une conception étroite et large de la compétence de pleine juridiction du juge de l'Union recèle des enjeux importants au plan des conditions de fond auxquelles est subordonné le déclenchement de cette compétence. Celui-ci est-il subordonné au constat préalable d'une illégalité dans la décision ? Nous avons évoqué les conséquences concrètes de la discussion : si l'on devait retenir une conception large de la compétence de pleine juridiction, celle-ci pourrait être mise en œuvre au simple constat du caractère inapproprié du montant de l'amende. À l'inverse, la conception étroite de la pleine juridiction impose au juge une contrainte supplémentaire : identifier une illégalité, ou selon une variante envisagée par des auteurs, une irrégularité³².

Dans cette dernière perspective, même en matière d'amendes, le juge de l'Union n'est pas un juge de l'opportunité, mais, en premier lieu, un juge de la légalité. Telle est la mission que lui assigne le traité. C'est dire que le juge de l'Union ne doit pas considérer la partie des décisions de la Commission qui concerne le montant de l'amende comme une série de pages qu'il lui est parfaitement loisible de réécrire. Selon une telle conception, même quant au montant de l'amende, le juge de l'Union devrait *d'abord* identifier un vice de légalité au regard du cadre juridique qui délimite le pouvoir d'appréciation de la Commission pour, *ensuite*, le cas échéant, substituer une autre position à celle retenue par la Commission. Le règlement n° 1/2003 l'invite ainsi à censurer une appréciation de la Commission qui ne tiendrait pas compte de la gravité ou de la durée de l'infraction ou dépasserait le plafond légal (article 23 du règlement n° 1/2003) ou qui enfreindrait un principe général du droit (principe de non-rétroactivité, principe de proportionnalité, principe d'égalité de traitement, principe d'individualisation des peines et des sanctions, voire principe de confiance légitime). Au fond, le contrôle qu'exerce le juge de l'Union a pour fonction de ramener l'amende dans le cadre juridique qui borne l'action de la Commission. Il ne serait ainsi pas question de substituer en toute hypothèse sa propre appréciation des faits à celle de la Commission pour des raisons d'opportunité. Lorsque le cadre juridique de l'action de la Commission est respecté, celle-ci décide de la détermination du montant de l'amende ; c'est là l'exercice des missions de politique économique que lui attribue le traité.

³² L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence*, *op. cit.*, points II.1613 et s.

Quelle est la position de la jurisprudence européenne sur ce sujet ? La jurisprudence du Tribunal n'a pas toujours semblé tranchée. Dans l'affaire *BASF*, le Tribunal adoptait assez clairement une conception étroite de sa compétence en jugeant que sa compétence « [ne pouva]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, et afin de remédier aux conséquences de cette illégalité sur la détermination du montant de l'amende infligée, si besoin est par la suppression ou la réformation de cette dernière »³³. C'est là sans doute son arrêt le plus clair en ce sens. Mais, plus tard, le Tribunal consacrait une position exactement inverse en posant que « l'exercice [...] de son pouvoir de pleine juridiction n'[était] aucunement subordonné au constat préalable d'un vice de légalité ». Le Tribunal s'estimait « habilité à réformer l'acte attaqué, même en l'absence d'annulation »³⁴.

Quant à la Cour, elle ne paraît pas avoir pris une position arrêtée sur ce problème précis. Les arrêts de la Cour reconnaissant que le dispositif prévu par les textes de l'Union est conforme au principe de protection juridictionnelle effective ne traitent pas précisément de la même question. En effet, dire qu'« au-delà du simple contrôle de légalité », le juge est doté d'une compétence complémentaire de pleine juridiction³⁵, c'est simplement dire que, quant aux sanctions, le juge peut réformer la décision et substituer son appréciation à celle de la Commission. Cela ne revient pas à prendre position sur les conditions auxquelles ces pouvoirs sont subordonnés. Les arrêts par lesquels la Cour a indiqué que le juge de l'Union, dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction, pouvait apprécier le « caractère approprié » de la sanction sont sans doute plus probants³⁶. Mais ne fait-on pas dire à ces formules davantage que

³³ Trib., 15 mars 2006, *BASF AG/Commission*, T-15/02, *Rec.*, p. II-497, point 582.

³⁴ Trib., 16 novembre 2011, *Sachsa Verpackung GmbH/Commission*, T-79/06, *Rec.*, p. II-406*, point 180. Voy. également Trib., 12 juillet 2011, *Fuji Electric Co. Ltd/Commission*, T-132/07, *Rec.*, p. II-4091, point 210 : « [...] il convient pour le Tribunal d'examiner, au titre de sa compétence de pleine juridiction, s'il y a lieu de réformer [...] la décision attaquée, même en l'absence d'annulation, afin de modifier le montant des amendes infligées à FEH et à FES. Dans ce cadre, il y aura lieu de tenir compte, outre des vices, allégués à l'appui des conclusions en annulation [...] qui auraient déjà été relevés dans le cadre du contrôle de légalité, des vices qui ont uniquement été allégués à l'appui des conclusions en réformation [...] de la décision attaquée et de tous les éléments d'information, produits par les parties dans le cadre du présent litige, qui paraissent pertinents aux fins de l'appréciation du montant des amendes en cause ».

³⁵ C.J., 24 octobre 2013, *Kone e.a.*, C-510/11 P, *op. cit.*, point 23, et C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor/Commission*, *op. cit.*, C-386/10 P, point 67.

³⁶ Voy. not. C.J., 16 novembre 2000, *Sarrió/Commission*, C-291/98 P, *Rec.*, p. I-9991. Dans cet arrêt, la Cour indique que le juge de l'Union est « D'une part, [...] chargé de contrôler (la) légalité, au titre de l'article 173 du traité CE (devenu, après modification, article 230 CE) (des décisions de la Commission). » Il ajoute ensuite que « D'autre part, le Tribunal est compétent pour apprécier, dans le cadre du pouvoir de pleine juridiction qui lui est reconnu par les articles 172 du traité CE (devenu article 229 CE) et 17 du règlement n° 17, le caractère approprié du montant des amendes. Cette dernière appréciation peut justifier la production et la

ce que la Cour a entendu y placer ? Là encore, décrire l'office du juge qui met en œuvre sa compétence de pleine juridiction, ce n'est pas tout à fait se prononcer sur ses conditions déclenchement.

10. Recours en annulation et compétence de pleine juridiction. Le problème qui va être à présent envisagé est lié au précédent, placé dans une perspective procédurale. Le traité ne consacre pas expressément un recours « de pleine juridiction » à côté du recours en annulation qu'il prévoit. M. l'Avocat général Mengozzi écrivait d'ailleurs, il n'y a pas si longtemps, que « la contestation du montant d'une amende doit être portée devant le juge communautaire selon les modalités procédurales prévues par le recours en annulation »³⁷. Le Tribunal a pu en tirer la conséquence qu'un recours porté devant le juge en vue d'obtenir une modification de l'amende est soumis au délai de recours prévu pour le recours en annulation. En somme, le requérant qui entend déclencher la compétence de pleine juridiction du juge doit se glisser dans le moule procédural du recours en annulation³⁸. On pourrait y voir un signe que la compétence de pleine juridiction ne peut être mobilisée que si un motif d'annulation peut être identifié par le juge dans la décision.

Cependant, tout en reconnaissant que « le traité CE ne consacre pas comme voie de recours autonome le “recours de pleine juridiction” », M. l'Avocat général Mengozzi relevait, dans ses conclusions sur l'affaire soumise à la Cour dans le contentieux des raccords de cuivre³⁹, des hypothèses dans lesquelles le juge a accepté de se prononcer sur la demande du requérant alors que ce dernier n'articulait aucun argument visant à obtenir l'annulation de la décision mais

prise en considération d'éléments complémentaires d'information dont la mention dans la décision n'est pas comme telle requise en vertu de l'obligation de motivation prévue à l'article 190 du traité » (point 71, nous soulignons). On voit bien, à la lecture du dernier membre de phrase, que la Cour évoque ici les modalités de mise en œuvre de la compétence de pleine juridiction davantage que ses conditions.

³⁷ Voy. P. MENGOZZI, « La compétence de pleine juridiction du juge communautaire », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo Versterdorf*, Bruxelles, Bruylant 2007, pp. 226 et s., spéc. p. 223. Dans cet article, M. MENGOZZI plaide cependant pour la reconnaissance de l'autonomie des pouvoirs de pleine juridiction par rapport à la compétence d'annulation.

³⁸ Trib. (ord.), 9 novembre 2004, *FNICGV*, T-252/03, *Rec.* p. II-3795, point 25 : « Cette compétence de pleine juridiction ne peut toutefois être exercée par les juridictions communautaires que dans le cadre du contrôle des actes des institutions communautaires, et plus particulièrement du recours en annulation. En effet, l'article 229 CE a pour seul effet d'élargir l'étendue des pouvoirs dont dispose le juge communautaire dans le cadre du recours visé à l'article 230 CE. Partant, 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. Par conséquent, l'introduction d'un tel recours doit respecter le délai établi par l'article 230, cinquième alinéa, CE ».

³⁹ Concl. présentes le 19 juillet 2012, sous C.J., 22 janvier 2013, *Commission/Tomkins*, C-286/11 P, *op. cit.*, point 20.

seulement une réduction de l'amende⁴⁰. Et en l'espèce, M. l'Avocat général Mengozzi en tirait la conclusion que le Tribunal ne pouvait, sans méconnaître le *petitum*, annuler la décision de la Commission alors que le requérant avait renoncé à ses moyens visant à l'annulation de la décision pour ne conserver que ceux mobilisant la compétence de pleine juridiction du juge. Bien que la Cour n'ait pas suivi ces conclusions, et que le mouvement doit encore être confirmé de façon claire, retenons que les modalités procédurales de la compétence de pleine juridiction *tendent* à l'autonomie, et se dégagent du cadre procédural du recours en annulation. Mais cette perspective n'est, pour l'instant, pas actuelle. C'est bien en satisfaisant aux exigences procédurales du recours en annulation que le requérant doit porter sa demande. Le Tribunal l'a affirmé en des termes particulièrement explicites : « Cette compétence de pleine juridiction ne peut toutefois être exercée par les juridictions de l'Union que dans le cadre du contrôle de légalité des actes des institutions et, plus particulièrement du recours en annulation. En effet, l'article 261 TFUE (ex-article 229 CE) ne constitue pas une voie de droit autonome, mais a pour seul effet d'élargir l'étendue des pouvoirs dont dispose le juge de l'Union dans le cadre du recours visé à l'article 263 TFUE (ex-article 230 CE). Partant, un recours visant à obtenir du juge de l'Union 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 »⁴¹. Il découle de cette dernière assertion que le déclenchement de la compétence de pleine juridiction ne suppose pas nécessairement l'existence de conclusions en annulation. Celles-ci sont, en quelque sorte, impliquées par la demande de réformation, ce qui ne relève pas, peut-on penser, de l'artifice : la demande de réformation emporte implicitement demande d'annulation de la partie de la décision concernant la détermination de l'amende.

11. Compétence de pleine juridiction et exigence de conclusions en réformation. Le déclenchement de la compétence de pleine juridiction est-il, à l'inverse du problème précédent, subordonné à la condition procédurale que le juge de l'Union soit saisi de conclusions en ce sens ? En d'autres termes, cette compétence est-elle subordonnée à de conclusions formelles en réformation ? Cette question a des incidences pratiques limitées, car il est habituel que les parties sollicitent la réformation de la sanction à titre subsidiaire dans leur recours. Mais elle a des enjeux théoriques importants.

⁴⁰ M. Mengozzi vise ici les arrêts rendus dans l'affaire *KME* (T.P.I., 6 mai 2009, T-127/04, *Rec.*, p. II-1167 et C.J., 8 décembre 2011, C-272/09 P, non encore publié au *Rec.*). Pour d'autres références, L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence*, *op. cit.*, point II-1568.

⁴¹ Trib., 12 juillet 2011, *Fuji Electric/Commission*, T-132/07, *op. cit.*, point 207.

Un arrêt ancien, rendu au titre de l'application du traité CECA dans une affaire où le requérant se contentait de demander l'annulation de la décision, a jugé « que même en l'absence de conclusions formelles, la Cour 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 »⁴² et semble avoir fait jurisprudence⁴³. On a cependant fort justement montré les limites de ce raisonnement *a fortiori*⁴⁴ dès lors que le juge peut réformer *in pejus* la décision. Le problème peut être posé de manière plus générale : une 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*. Les partisans de la conception large de la compétence de pleine juridiction ne peuvent surmonter cet obstacle qu'en soutenant que ce principe ne joue « quasiment aucun rôle » en matière de compétence de pleine juridiction⁴⁵, ou en soutenant que l'ensemble des pouvoirs de réformation du juge sont d'ordre public⁴⁶. En somme, le juge serait directement investi par le législateur de son pouvoir de réformation, sans être tenu par le *petitum*⁴⁷.

La Cour adopte une position plutôt équivoque. Dans une affaire récente⁴⁸, il était reproché au Tribunal d'avoir statué *ultra petita* en réduisant l'amende infligée au titre de sa compétence alors que les conclusions ne comportaient pas de demande en ce sens. La Cour observe cependant que « ladite réduction a été effectuée par le Tribunal dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction »⁴⁹, ce qui laisse croire que celle-ci se dispense du soutien de conclusions formelles. Mais c'est aussitôt pour ajouter, conformément à la jurisprudence *Danone*⁵⁰, qu'« [i]l en résulte que le juge de l'Union est habilité à exercer sa compétence de pleine juridiction lorsque la question du montant de l'amende est soumise à son appréciation »⁵¹. Or, en l'occurrence, il apparaissait

⁴² C.J., 10 décembre 1957, *ALMA/Haute Autorité*, 3/56, *Rec.*, p. 179.

⁴³ Voy. dans le même sens Trib., 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca/Commission*, T-321/05, *Rec.*, p. II-2805, point 884 : « même en l'absence de conclusions formelles, (le juge) est autorisé 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 ».

⁴⁴ L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence, Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, précité, point II-1574.

⁴⁵ Concl. présentées le 19 juillet 2012, sous C.J., 22 janvier 2013, *Commission/Tomkins*, C-286/11 P, point 20.

⁴⁶ En ce sens L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence, op. cit.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ C.J., 26 septembre 2013, *Alliance One International Inc./Commission*, C-679/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 103 et s.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ C.J., 8 février 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone/Commission*, *Rec.* p. I-1331, point 61.

⁵¹ C.J., 26 septembre 2013, C-679/11 P, *op. cit.*, point 105.

que l'entreprise avait conclu à la réduction de l'amende à titre subsidiaire. Dès lors, le juge « était en droit » de mettre en œuvre sa compétence de pleine juridiction.

L'interprétation de cette jurisprudence est délicate mais l'on en peut en tirer au moins deux enseignements pour notre sujet. D'abord, la Cour reproduit la formule déjà employée dans l'affaire *Danone* selon laquelle la compétence de pleine juridiction est déclenchée « lorsque la question du montant de l'amende est soumise à son appréciation ». Cette formule est peu claire. Si la Cour utilise une expression plus générale que le terme « conclusion », c'est sans doute afin que la solution retenue embrasse les situations dans lesquelles la réduction de l'amende n'est pas formellement portée par les conclusions mais est simplement mentionnée dans les arguments du requérant. Tel était le cas dans l'affaire *Astra Zeneca*⁵². La jurisprudence paraît donc peu sensible aux modalités formelles dans lesquelles se fonde la demande de réformation. Ensuite, cependant, cette jurisprudence nous paraît bien réclamer que, de manière plus ou moins explicite – mais sans ambiguïté – la modification du montant de la sanction ait été sollicitée. En l'espèce, le fait que l'entreprise ait conclu subsidiairement à la réduction de l'amende semble bien avoir emporté la décision. Pourquoi l'avoir relevé si cette circonstance était indifférente dans l'esprit de la Cour ?

IV. – Les modalités de mise en œuvre de la compétence de pleine juridiction

12. Position du problème. Si le droit contemporain de l'Union paraît, au plan des conditions de déclenchement de la compétence de pleine juridiction, osciller entre une conception large et une conception étroite, les choses pourraient paraître plus claires pour ce qui concerne les modalités d'exercice de cette compétence. Il y a là un paradoxe que l'on évoquera à titre liminaire.

Selon la conception étroite de la compétence de pleine juridiction dont nous avons signalé quelques traces dans le droit de l'Union, les pouvoirs de réformation du juge sont intimement liés au contrôle de légalité. Le requérant doit satisfaire aux exigences procédurales du recours en annulation, porter lui-même à

⁵² Trib., 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca/Commission*, T-321/05, op. cit., point 884 : « Il convient de relever, à titre liminaire, que, quoique, dans le corps des arguments exposés dans leur requête et dans leur réplique, les requérantes demandent également au Tribunal de réduire le montant des amendes, elles n'ont pas, au stade des conclusions, formellement conclu à la réduction de leur montant. Cette omission de la part des requérantes ne s'oppose toutefois pas à ce que le Tribunal exerce son pouvoir de pleine juridiction en ce qui concerne les amendes ».

l'appréciation du juge la question d'une modification du montant de l'amende, démontrer qu'un vice de légalité se trouve dans la décision. En bonne logique, s'il était bien question de ramener la décision dans le cadre de la légalité qui conditionne l'action de l'exécutif, une fois sa compétence de pleine juridiction activée, le juge devrait avoir essentiellement pour mission de retoucher la décision de la Commission afin que la solution qu'elle porte soit conforme au droit. En d'autres termes, sans revenir sur la substance même de l'analyse qui, en opportunité, relève des attributions de la Commission, le juge devrait se contenter d'une analyse proprement juridique du cas. Par exemple, ici, il se contentera d'écarter la sanction qui dépasse le seuil légal, là, il tirera les conséquences d'une inégalité de traitement en mettant en cohérence les sanctions prononcées à l'égard d'opérateurs différents.

Si tel est, bien souvent, le résultat concret de l'office du juge, cette façon de présenter les choses ne correspond pas vraiment à la « doctrine » que l'on peut lire dans les positions de la jurisprudence. Celle-ci insiste plutôt sur la nécessité d'une appréciation entièrement personnelle du juge de l'Union. Une fois sa compétence de pleine juridiction déclenchée, le juge de l'Union devrait en quelque sorte occulter l'analyse préalable de la Commission pour se livrer à un examen du cas qui en serait intellectuellement autonome. Cette façon de présenter les choses donne assurément du crédit à une conception large de la compétence de pleine juridiction.

13. Évolution du standard de contrôle. Il est tout d'abord utile de rappeler d'un mot l'évolution du standard de contrôle de légalité du juge de l'Union. Depuis le milieu des années 2000, le standard de contrôle est défini de la manière suivante : « S'agissant du contrôle de légalité, la Cour a jugé que si, dans les domaines donnant lieu à des appréciations économiques complexes, la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge de l'Union doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge de l'Union doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »⁵³. En ce qui concerne spécifiquement le montant de l'amende, l'évolution est notable. Le Tribunal considérait naguère que le règlement « confère à la Commission

⁵³ C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor*, C-386/10 P, *op. cit.*, point 54. Voy. d'abord C.J., 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval BV*, C-12/03 P, *Rec.*, p. I-987, point 39.

une marge d'appréciation dans la fixation des amendes qui est, notamment, fonction de sa politique générale en matière de concurrence »⁵⁴. Or, en présence d'une telle marge d'appréciation, le Tribunal considérerait qu'il ne pouvait procéder qu'à un contrôle restreint, c'est-à-dire limité aux situations dans lesquelles la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation, ou, dit autrement, un excès manifeste de sa marge d'appréciation. Il est, en effet, habituel de considérer que le juge n'exerce qu'un contrôle restreint dans les domaines qui relèvent de l'expression de la politique de la Commission⁵⁵. Le Tribunal jugeait alors qu'« [e]u égard à la marge d'appréciation dont dispose la Commission pour évaluer la coopération d'une entreprise au titre de la communication sur la coopération de 2002, seul un excès manifeste de cette marge est susceptible d'être censuré par le Tribunal »⁵⁶. Cette position est désormais assez clairement condamnée par la Cour. Pour reprendre le cas de l'évaluation des éléments d'appréciation de la coopération de l'entreprise, la Cour a ainsi noté que « [s]'agissant du contrôle de légalité, la Cour a rappelé que le juge de l'Union [...] ne saurait s'appuyer sur la marge d'appréciation dont dispose la Commission ni en ce qui concerne le choix des éléments pris en considération lors de l'application de la communication sur la coopération de 2002 ni en ce qui concerne l'évaluation de ces éléments pour renoncer à exercer un contrôle approfondi tant de droit que de fait »⁵⁷. Il est désormais bien clair que la notion de « marge d'appréciation » ne désigne pas une zone à l'intérieur de laquelle la Commission agirait de manière arbitraire, et donc sur laquelle le juge de l'Union n'exercerait aucun contrôle⁵⁸, voire un simple contrôle de l'erreur manifeste. La marge d'appréciation vise plutôt un espace où la Commission est libre d'agir selon son gré, en l'absence de règle qui s'impose à elle. De même

⁵⁴ Trib., 29 avril 2004, *Tokai Carbon*, T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, *Rec.*, p. II-1181, point 157.

⁵⁵ Par exemple, en matière de rejet de plainte, voy. C.J., 19 septembre 2013, *EFIM*, C-56/12 P, non encore publié au *Rec.*, point 36.

⁵⁶ Trib., 13 juillet 2011, *Schindler Holding e.a./Commission*, T-138-07, *Rec.*, p. II-4819, point 300.

⁵⁷ C.J., 24 octobre 2013, *Kone e.a.*, C-510/11 P, *op. cit.*, point 24. La solution est acquise depuis C.J., 8 décembre 2011, *Chalkor*, C-386/10 P, *op. cit.*, point 62. Le Tribunal a tiré toutes les conséquences de cette jurisprudence en posant désormais que « quand bien même il y aurait lieu de considérer que la Commission disposerait d'une marge d'appréciation dans le cadre de l'examen de la valeur ajoutée significative d'informations qui lui sont fournies en vertu de la communication de 2002 sur la coopération, il n'en demeure pas moins que le Tribunal ne saurait s'appuyer sur ladite marge d'appréciation pour renoncer à exercer un contrôle approfondi tant de droit que de fait de l'appréciation de la Commission à cet égard », Trib., 16 septembre 2013, *Roca*, T-412/10, non encore publié au *Rec.*, point 188.

⁵⁸ Dans la doctrine française, on vise plutôt ce phénomène d'absence de contrôle sous l'expression « pouvoir discrétionnaire », par contraste avec la notion de « pouvoir d'appréciation », au sujet duquel le contrôle existe, même s'il est limité. Sur ce débat, voy. A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, Paris, LGDJ 2008, points 1238 et s. En droit de l'UE, les deux notions paraissent synonymes, voy. sur la notion de pouvoir discrétionnaire A. Bouveresse, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant 2010.

qu'elle est libre, par exemple, d'accueillir ou de rejeter une plainte⁵⁹, elle est pareillement libre de fixer le montant de l'amende au niveau qu'elle juge opportun, libre de considérer qu'un élément de preuve lui permet de caractériser une infraction ou de retenir tel ou tel élément pour apprécier la gravité d'une infraction. Ce n'est pas dire que cette liberté s'exerce sans contrôle, mais plutôt qu'en l'absence de règle préexistante qui contraindrait son analyse, elle apprécie les faits de manière autonome. Le Tribunal expliquait ainsi justement que « la Commission dispose d'une marge d'appréciation qui lui permet de prendre ou de ne pas prendre en considération certains éléments lorsqu'elle fixe le montant des amendes qu'elle entend infliger, en fonction notamment des circonstances de l'espèce »⁶⁰. Le Tribunal poursuivait en notant : « Ainsi, en l'absence d'une indication de nature impérative dans les lignes directrices de 2006 en ce qui concerne les circonstances atténuantes qui peuvent être prises en compte, il convient de considérer que la Commission a conservé une certaine marge d'appréciation pour apprécier d'une manière globale l'importance d'une éventuelle réduction du montant des amendes au titre des circonstances atténuantes ». En somme, la Commission est libre de son appréciation, elle n'est pas pour autant *souveraine* dans son appréciation, puisque son résultat est contrôlé de manière approfondie. L'expression « marge » d'appréciation est donc quelque peu trompeuse. La formule « pouvoir d'appréciation » que l'on lui préfère parfois⁶¹ est plus appréciée.

14. Nécessité d'une appréciation personnelle, cadre juridique de l'appréciation du juge. Il faut commencer par dire qu'une fois la compétence de pleine juridiction déclenchée, le juge de l'Union doit pleinement exercer son office. Mais quel est le cadre juridique qui régit son analyse ? Il doit assurément respecter les principes généraux tels que celui de l'égalité de traitement⁶². Il doit, en outre, motiver ses appréciations en évitant toute contradiction ou erreur de droit, de manière à permettre au justiciable de connaître les justifications de la décision prise, et à la Cour d'exercer son propre contrôle juridictionnel⁶³. Au-delà de ces considérations générales, la Cour a même précisé en détail quels éléments prendre en compte pour évaluer l'amende. Au titre, en particulier, du critère de la gravité de l'infraction commise, elle vise « le comportement de chacune des entreprises, le rôle joué par chacune d'elles dans l'établissement des pratiques concertées, le profit qu'elles ont pu tirer de

⁵⁹ Trib., 16 septembre 2013, *Roca*, T-412/10, non encore publié au *Rec.*, point 161.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ C.J., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *Rec.*, p. 5425, point 171.

⁶² C.J., 30 mai 2013, *Quinn Barlo*, C-70/12 P, non encore publié au *Rec.*, point 46.

⁶³ C.J., 13 juin 2013, *Versalis SpA*, C-511/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 97.

ces pratiques, leur taille et la valeur des marchandises concernées ainsi que le risque que des infractions de ce type représentent pour les objectifs de la Communauté »⁶⁴.

Pourtant, l'une des difficultés principales que l'on rencontre lorsqu'il s'agit de présenter les règles qui s'imposent au juge de l'Union tient dans l'exacte influence que peut exercer sur son évaluation la doctrine de la Commission dans sa pratique décisionnelle en matière d'amendes. Le problème s'est concentré en particulier sur le sort à réserver aux lignes directrices que la Commission adopte afin de rendre son action plus transparente.

Il faut d'abord revenir sur la nature des lignes directrices de la Commission. Ce sont des « mesures d'ordre interne » par lesquelles la Commission choisit d'encadrer son pouvoir d'appréciation⁶⁵. Celle-ci améliore en cela la transparence de son action et, par-là, rend socialement mieux acceptable le prononcé d'amendes – surtout lorsque le montant de celles-ci augmente. La Commission peut, certes, s'écarter de la méthode exposée dans les lignes directrices. Elle doit alors s'en expliquer, ce qui est bien naturel, puisque les justiciables ont fondé des espoirs légitimes dans la fidélité de la Commission au cadre qu'elle a elle-même fixé. Dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, le juge de l'Union ne peut évidemment ignorer les lignes directrices suivies par la Commission. Il en connaît, de manière en quelque sorte indirecte, par le moyen du cas concret qui lui est soumis et qui en fait application. Il doit alors apprécier si les lignes directrices respectent le cadre juridique qui borne le pouvoir d'appréciation de la Commission.

À ce titre, le juge a, d'abord, pu être amené à dire si, en elle-même, la méthode choisie par les différentes lignes directrices concernant la fixation des amendes était respectueuse de la légalité. En particulier, tient-elle compte de manière appropriée de la gravité et de la durée de l'infraction comme le prescrivait le règlement n° 17/62 naguère, et le règlement n° 1/2003 aujourd'hui ? Permet-elle une appréciation suffisamment flexible ? La jurisprudence a, de ce point de vue, validé les différentes méthodes utilisées par la Commission⁶⁶. Au-delà de la méthode suivie par les lignes directrices, le juge doit encore vérifier l'application qui en a été faite au cas particulier. La Commission a-t-elle correctement analysé les faits ? S'est-elle éloignée indument de la méthode qu'elle annonçait suivre pourtant ? Le contentieux est abondant de ce point de

⁶⁴ C.J., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *op. cit.*

⁶⁵ Voy. la discussion dans l'affaire C.J., 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri A/S*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, *op. cit.*, points 209 et s.

⁶⁶ Voy. not. au sujet des lignes directrices de 1998, *ibid.*, points 252 et 260.

vue. Là encore, il est bien normal que le juge vérifie de façon approfondie la légalité de l'analyse de la Commission, guidée par les lignes directrices qu'elle a adoptées. Si le juge censure l'analyse de la Commission pour lui substituer son propre point de vue, quelle est l'influence qu'exercent désormais les lignes directrices ? Doit-il faire table rase de la méthode suivie par la Commission pour fixer l'amende et conduire une appréciation en tous points personnelle du cas ? Doit-il plutôt redresser les torts de la décision et, tout en restant dans le cadre d'analyse de la Commission (en particulier celui consacré par ses lignes directrices), réviser l'amende conformément à cette méthode ? Un point peut être tenu pour acquis : les lignes directrices de la Commission ne s'imposent pas au juge en elles-mêmes ; elles ne font pas partie du cadre juridique contraignant que le juge de l'Union doit respecter dans sa propre appréciation du cas. Il est de jurisprudence constante que le juge de l'Union doit apprécier lui-même les circonstances de l'espèce⁶⁷. Il en résulte que l'on ne saurait faire grief au juge de ne pas avoir suivi la méthode de la Commission pour déterminer la réduction à laquelle le requérant avait droit, à moins que, comme dans l'affaire *Sarrió*, une discrimination ne résulte du mode opératoire du juge⁶⁸. Le juge devrait s'expliquer de son choix de se départir de la méthode de la Commission dès lors qu'il l'a retenue par ailleurs⁶⁹. Mais hormis ce cas de discrimination, le juge n'est, à vrai dire, tenu par aucune méthode préexistante ; il doit plutôt examiner, « au cas par cas » les situations qui lui sont soumises « en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait et de droit afférentes à celles-ci »⁷⁰. Il en résulte évidemment une certaine imprévisibilité de la compétence de pleine juridiction... qui pourrait placer le pouvoir d'appréciation de la Commission, dont la méthode est connue d'avance, sous un jour finalement plus favorable. Ce point est d'autant plus décevant pour les entreprises que le juge, dans sa compétence de pleine juridiction, peut choisir d'augmenter l'amende prononcée par la Commission, comme dans l'affaire *Quinn Barlo*⁷¹. Les conséquences négatives de cette doctrine de la « table rase » sont heureusement limitées par le fait que le juge de l'Union opère *de facto*, à défaut de le faire *de jure*, en s'inspirant de la méthodologie de la Commission. Dans une affaire *Roca*, par exemple, le juge de l'Union avait porté une appréciation différente de celle de la Commission quant à la valeur ajoutée des éléments de preuve

⁶⁷ C.J., 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, *Rec.*, p. 3461, point 111.

⁶⁸ En l'espèce, le juge avait appliqué la méthode de la Commission pour certaines entreprises, mais s'en était écarté pour une autre, ce dont il résultait une discrimination, C.J., 30 mai 2013, *Quinn Barlo*, C-70/12 P, non encore publié au *Rec.*, points 91 et s.

⁶⁹ Voy. *ibid.*, point 46.

⁷⁰ *Ibid.*, point 53.

⁷¹ Précité note précédente.

apportés au titre de la communication sur la coopération. Le Tribunal observe : « il convient de préciser que, bien que la communication de 2002 sur la coopération ne préjuge pas de l'appréciation de la réduction du montant de l'amende par le juge de l'Union lorsque celui-ci statue en vertu de sa compétence de pleine juridiction, le Tribunal estime approprié, en l'espèce, de s'en inspirer pour recalculer le montant de l'amende, notamment en raison du fait qu'elle permet de prendre en considération tous les éléments pertinents de l'espèce et d'infliger des amendes proportionnées à l'ensemble des entreprises ayant participé à l'infraction en cause »⁷². Il y a là une convergence bienvenue, car si l'on veut bien croire que la compétence de pleine juridiction est une garantie supplémentaire donnée aux justiciables lorsqu'une amende est prononcée⁷³, il serait pour le moins paradoxal que leur situation n'en sorte aggravée en termes de sécurité juridique.

15. Nécessité d'une appréciation personnelle, office du juge. La jurisprudence a précisé, par touches successives, les modalités de fixation, par le juge, du montant de l'amende.

D'abord, il faut y revenir, le juge peut réformer, c'est-à-dire « refaire » l'amende. Il peut ainsi la supprimer ou la réduire, ce qui se comprend bien dès lors que l'on voit dans son office une garantie supplémentaire offerte aux justiciables. Il peut encore, et cela est plus difficilement compréhensible à l'aune de l'idée que le juge joue ici le rôle d'un modérateur du pouvoir d'appréciation de l'administration, réformer *in pejus* et ainsi majorer l'amende. D'aucuns en tirent argument pour justifier l'idée que le juge est bien supposé refaire une appréciation nouvelle du cas⁷⁴. Il est exact que la Cour lie explicitement la faculté du juge d'aggraver l'amende à son pouvoir de substituer son appréciation à celle de la Commission⁷⁵. La Cour observe d'ailleurs que l'appréciation doit ici se faire « au cas par cas », « en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait et de droit »⁷⁶.

Ensuite, l'appréciation doit être effective. Par exemple, le juge ne saurait « se priver de son pouvoir d'appréciation », notamment en recourant à une « méthode de calcul arithmétique fondée sur le seul chiffre d'affaires de l'entreprise

⁷² Trib., 16 septembre 2013, *Roca/Commission*, T-412/10, non encore publié au *Rec.*, point 233.

⁷³ Voy. sur cette idée P. MENGOZZI, « La compétence de pleine juridiction du juge communautaire », in *Liber amicorum en l'honneur de Bo Versterdorf*, Bruxelles, Bruylant 2007, pp. 226 et s.

⁷⁴ L. BERNARDEAU, J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence*, *op. cit.*, point II.1657.

⁷⁵ C.J., 30 mai 2013, *Quinn Barlo*, *op. cit.*, point 52 : « le Tribunal est habilité, dans le cadre de sa compétence de pleine juridiction, à substituer son appréciation à celle de la Commission et, en conséquence, à majorer, le cas échéant, l'amende ou l'astreinte infligée ».

⁷⁶ C.J., 30 mai 2013, *Quinn Barlo*, *op. cit.*, point 53.

concernée »⁷⁷. On l'a dit, l'analyse du juge est un examen « au cas par cas » et le juge n'est pas tenu par le principe de confiance légitime dans les mêmes termes que la Commission « pour autant qu[e les juridictions de l'Union] n'envisagent pas d'appliquer une méthode de calcul spécifique des amendes dans l'exercice de leur compétence de pleine juridiction »⁷⁸.

L'état du droit, pour le reste, n'est pas toujours tout à fait cohérent. Ainsi, conformément à une conception large de son pouvoir de réformation, la Cour a pu préciser que « cette dernière appréciation peut justifier la production et la prise en considération d'éléments complémentaires d'information dont la mention dans la décision n'est pas comme telle requise en vertu de l'obligation de motivation prévue à l'article 190 du traité »⁷⁹. En revanche, le point de savoir si le juge de l'Union peut utiliser des éléments postérieurs à la décision pour les besoins de son office est plus flou. Il est acquis que, dans le cadre d'un contrôle de légalité, il n'est pas possible d'utiliser des éléments postérieurs à la décision⁸⁰. Cela étant, à suivre la conception large des pouvoirs de pleine juridiction, il devrait être possible d'utiliser de tels éléments dans le cadre de la compétence de pleine juridiction, puisque le juge est appelé à procéder à une appréciation nouvelle et personnelle du montant adéquat de l'amende. Pourtant, la jurisprudence du Tribunal paraît hésitante. Dans l'affaire *Scandinavian Airlines*, le requérant arguait d'une éventuelle possibilité d'obtenir une réduction de l'amende au constat d'éléments postérieurs à la décision. Le Tribunal observe d'abord que « les mesures prises par une entreprise postérieurement à la décision dont elle a fait l'objet ne sauraient, en tout état de cause, affecter la légalité de ladite décision, celle-ci devant être appréciée en fonction des éléments de fait et de droit existant à la date où l'acte a été adopté » pour ajouter cependant que « dès lors, la demande de la requérante ne peut, tout au plus, être examinée que dans le cadre de la compétence de pleine juridiction du Tribunal, conformément à l'article 229 CE ». Mais il est, ensuite, précisé que « contrairement à ce que soutient la requérante, il ne ressort pas de la jurisprudence qu'une amende puisse être réduite en considération du comportement adopté postérieurement à l'édition de la décision infligeant une amende ». Enfin, tout en paraissant réserver une réponse de principe, le Tribunal conclut en notant qu'« une telle réduction, pour autant qu'elle fût possible, ne pourrait, en tout état de cause, être opérée par le juge communautaire qu'avec grande circonspection et dans des circonstances tout à fait particulières, au motif,

⁷⁷ C.J., 13 juin 2013, *Versalis SpA*, C-511/11 P, *op. cit.*, point 103.

⁷⁸ C.J., 30 mai 2013, *Quinn Barlo*, *op. cit.*, point 53.

⁷⁹ C.J., 16 novembre 2000, *NV Koninklijke KNP BT/Commission*, C-248/98 P, *Rec.*, p. 9641, point 40.

⁸⁰ Voy. Trib., 12 avril 2013, *SACEM/Commission*, T-422/08, point 70.

notamment, qu'une telle pratique pourrait être perçue comme une incitation à commettre des infractions en spéculant sur une possible réduction de l'amende en raison de la modification du comportement de l'entreprise postérieurement à la décision »⁸¹. C'est donc avec une grande prudence que le juge envisage ici la possibilité d'utiliser des éléments postérieurs à la décision aux fins de l'exercice de la compétence de pleine juridiction.

Conclusion

16. Si une conception large de la compétence de pleine juridiction est dans « l'air du temps », c'est au plan des modalités d'exercice de cette compétence que le droit positif en donne les illustrations les plus significatives. Il est permis de croire qu'elle est plus réservée au sujet de cette approche lorsqu'il est question de définir les conditions de déclenchement des pouvoirs de réformation du juge. La jurisprudence témoignerait d'ailleurs de cas dans lesquels, pour la même affaire, le juge a consacré une conception étroite des conditions de déclenchement de la compétence de pleine juridiction et une conception large des modalités d'exercice de cette compétence⁸². Une telle ligne jurisprudentielle, si elle se confirmait, ne serait certes pas tout à fait cohérente. Elle aurait cependant les vertus d'un certain pragmatisme. L'exercice de pouvoirs de pleine juridiction mobilise des ressources et des efforts importants de la part d'un juge déjà fort occupé. Il pourrait être de bonne politique que les portes de la réformation des amendes que prononce la Commission européenne ne soient point trop grand ouvertes.

⁸¹ T.P.I., 18 juillet 2005, *Scandinavian Airlines System AB/Commission*, T-241/01, point 225 à 228. Comp. cependant les conclusions de M. l'Avocat général M. Wathelet du 26 septembre 2013, dans l'affaire *Telefonica SA*, précitées, point 135, dont l'interprétation de cet arrêt est plus audacieuse. Voy. cependant en ce sens que le pouvoir de pleine juridiction permet au Tribunal de réformer la décision de la Commission sur la base d'éléments qui sont apparus en cours de procédure, y compris pour la première fois au stade de l'audience, arrêt du Trib., 7 juin 2011, *Arkema France/Commission*, T-217/06, *Rec.*, p. 2593, points 247 à 253.

⁸² Voy. en ce sens L. BERNARDEAU et J.-Ph. CHRISTIENNE, *Les amendes en droit de la concurrence*, *op. cit.*, point II.1655 ; les auteurs citent en ce sens Trib., 27 septembre 2006, *Archer Daniels Midland/Commission*, T-59/02, *Rec.*, p. II-3627, points 442 à 445, et Trib., 25 octobre 2011, *Aragonesas Industrias y Energía/Commission*, T-348/08, non encore publié au *Rec.*, points 306 à 308.

CHAPITRE 5. DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS SUR LES QUESTIONS DE RECEVABILITÉ DES RECOURS DANS LE CONTENTIEUX DES AIDES D'ÉTAT

Flavien MARIATTE¹

Introduction

Il ne manque pas de qualificatifs pour décrire², critiquer, déplorer les sommets de raffinements atteints par le contentieux des aides d'État et tout particulièrement par les développements de la jurisprudence de la Cour de justice³ et du Tribunal de l'Union européenne⁴ relatifs à la qualité pour agir en annulation des personnes physiques ou morales contre les décisions de la Commission adoptées sur le fondement de l'article 108 TFUE. Cet aspect de la jurisprudence européenne concentre, en effet, de longue date nombre de critiques tant de la doctrine⁵ que de certains avocats généraux de la Cour⁶, mettant en cause son manque de cohérence ou ses fondements artificiels, sa complexité ou plus simplement les difficultés que sa mise en œuvre soulève⁷.

¹ L'auteur est référendaire à la Cour de justice de l'Union, près l'avocat général P. Cruz Villalón. Il peut être contacté à l'adresse flma@curia.europa.eu. Les opinions émises dans la présente étude n'engagent que son auteur et en aucune manière l'institution à laquelle il appartient.

² É. BARBIER DE LA SERRE, « Suites de l'odyssée judiciaire sur la recevabilité en matière d'aides d'État », *Revue Lamy de la concurrence*, 2012, n° 32, p. 83.

³ Ci-après la « Cour », en abrégé « C.J. ».

⁴ Ci-après le « Tribunal », en abrégé « Trib. ».

⁵ Les critiques doctrinales sont si nombreuses et récurrentes qu'il est devenu impossible de toutes les recenser. L'on se reportera, à cet égard, à la bibliographie fournie par les études récentes citées ci-dessous.

⁶ Voy., en particulier, points 101 et 102 et 138 à 141 des conclusions de l'avocat général Jacobs présentées le 24 février 2005, sous C.J., 13 décembre 2005, *Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737 ; points 101 à 113 des conclusions de l'avocat général Bot présentées le 6 mars 2008 sous C.J., 11 septembre 2008, *Allemagne e.a./Kronofrance*, C-75/05 P et C-80/05 P, *Rec.*, p. I-6619 ; points 68 à 76 des conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 17 juillet 2008, sous C.J., 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, C-487/06 P, *Rec.*, p. I-10515 ; points 54 à 88 des conclusions de l'avocat général Jääskinen présentées le 25 novembre 2010 sous C.J., 24 mai 2011, *Commission/Kronofly et Kronotex*, C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441 ; points 36 à 49 des conclusions de l'avocat général Sharpston sous C.J., 9 juillet 2009, *3F/Commission*, C-319/07 P, *Rec.*, p. I-5963.

⁷ Voy. points 72 et 73 des conclusions de l'avocat général Bot présentées le 9 juin 2011, sous C.J., 27 octobre 2011, *Autriche/Scheucher - Fleisch e.a.*, C-47/10 P, *Rec.*, p. I-10707.

La complexité de cette jurisprudence, alimentée par le nombre⁸ et la variété des cas soumis au juge européen, peut, certes, difficilement être niée. L'objet de la présente étude n'est et ne peut toutefois être de rendre compte ni de cette variété⁹, ni de cette complexité, ni de ces critiques¹⁰. Il est, plus modestement, de rendre compte, en les replaçant dans leur contexte, des développements jurisprudentiels les plus récents et les plus intéressants intervenus en la matière dans le seul contentieux direct¹¹ de l'annulation¹². Seront ainsi successivement examinées les décisions les plus récentes concernant, premièrement l'intérêt à agir, deuxièmement la qualité pour agir et, troisièmement, l'interprétation des nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE.

I. – Intérêt à agir

Les requérants dans les affaires d'aides d'État doivent, à l'instar de n'importe quel justiciable intentant un recours en annulation sur le fondement de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, établir leur intérêt à agir, condition

⁸ On pouvait dénombrer, au 15 novembre 2013, quelques 135 décisions ayant examiné la qualité pour agir des personnes physiques ou morales dans le domaine des aides d'État, dont 57 conduisant à une irrecevabilité totale ou partielle du recours.

⁹ En dépit de son intérêt, sera laissée de côté la jurisprudence pertinente concernant la nature des actes attaquables ; sur ce thème, Voy., notamment, K. JÜRIMÄE, « Standing in State Aid Cases : What's the State of Play ? », *European State Aid Law Quarterly*, 2010/2, p. 303 ; G. MUGUET-POULLENNEC, « Le classement sans suite d'une plainte par la Commission peut être contesté par l'association qui l'a déposée », *Revue Lamy de la concurrence*, 2013, n° 35, p. 42 ; M. VAN HUFFEL, « Aides d'État, injonction faite à l'État membre de fournir des informations et notion d'acte attaquant au sens de l'article 263 TFUE », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2012 n° 30, p. 88 ; E. GAMBARO et F. MAZZOCCHI, C.M.L.R., 2011/6, p. 2083, commentant C.J., 17 juillet 2008, *Athinaiki Techniki/Commission*, C-521/06 P, *Rec.*, p. I-5829.

¹⁰ Pour des études exhaustives récentes, M. C. BOTTINO, « La recevabilité des recours en annulation en matière d'aides d'État », *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013/2, p. 245, ainsi que la bibliographie citée ; H. C. W. HOFMANN et A. MORINI, « Judicial Review of Commission Decisions in State Aid », in E. SZYSZCZAK (éd.), *Research Handbook on European State Aid Law*, Edward Elgar, 2011, p. 354 ; H. PEYTZ et T. MYGIND, « Direct Action in State aid Cases – Tighropes and Legal Protection », *European State Aid Law Quarterly*, 2010/2, p. 331 et 2010/3, p. 617.

¹¹ La jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf* (C.J., 9 mars 1994, C-188/92, *Rec.*, p. I-833), établissant les limites du contrôle indirect de validité des décisions de la Commission dans le cadre du renvoi préjudiciel, n'a connu aucun développement récent.

¹² Si le contentieux des aides d'État est l'un des rares domaines dans lesquels les potentialités du recours en constatation de carence ont véritablement pu trouver à s'exprimer, les décisions les plus récentes n'apportent cependant rien de significatif et ne seront pas examinées. Voy. cependant, Trib., 19 mai 2011, *Ryanair/Commission*, T-423/07, *Rec.*, p. II-2397 ; Trib., 29 septembre 2011, *Ryanair/Commission*, T-442/07, non publié au *Rec.*, et C.J., 16 mai 2013, *Commission/Ryanair*, C-615/11 P, non encore publié au *Rec.* Sur ce contentieux, Voy. S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, spéc. pp. 559 à 567. ; F. MARIATTE, *Contentieux de l'Union européenne 2, Carence*, coll. Lamy Axe Droit, Paris, Lamy, 2011, pp. 145 et s., n° 89 et s.

essentielle et première de recevabilité de tout recours en justice¹³ qui peut être soulevée d'office par le juge¹⁴. L'intérêt à agir suppose que l'annulation de l'acte attaqué soit susceptible, par elle-même, d'avoir des conséquences juridiques¹⁵, que le recours soit ainsi apte, par son résultat, à procurer un bénéfice à la partie qui l'a intenté¹⁶. Il est apprécié à la date d'introduction du recours et doit être personnel, né et actuel¹⁷ ou à tout le moins certain¹⁸. Cet intérêt doit par ailleurs perdurer jusqu'à ce que le juge statue au fond¹⁹.

Si, d'une manière générale, la jurisprudence concernant l'intérêt à agir des justiciables dans le domaine des aides d'État n'est guère fournie et ne présentait, jusqu'à récemment, guère de spécificités par rapport au contentieux général, l'on perçoit cependant une certaine tendance à la sophistication, à la singularisation et, parfois, à l'hybridation, qui mérite un tour d'horizon.

A. Intérêt à agir des concurrents

Il doit tout d'abord être observé que le Tribunal comme la Cour n'ont, fort logiquement, que rarement l'occasion d'examiner l'intérêt à agir des concurrents des bénéficiaires de mesures d'aide. Ces derniers attaquant en règle générale des décisions de non-opposition ou de compatibilité, leur intérêt à agir n'est, sauf circonstances particulières²⁰, que rarement discuté, la recevabilité de leurs recours étant principalement contestée sur le terrain de leur qualité pour agir. Le Tribunal a, cependant, eu l'occasion de juger qu'une entreprise concurrente du bénéficiaire d'une aide individuelle relevant d'un régime général d'aides approuvé par la Commission avait intérêt à agir contre la décision

¹³ Voy., notamment, Trib. (ord.), 30 avril 2003, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Commission*, T-167/01, *Rec.*, p. II-1873, point 47.

¹⁴ Voy., notamment, C.J. (ord.), 7 octobre 1987, *D.M./Conseil et CES*, 108/86, *Rec.*, p. 3933, point 10, et Trib. (ord.), 10 mars 2005, *Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia e.a./Commission*, 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, point 22).

¹⁵ C.J., 24 juin 1986, *AKZO Chemie et AKZO Chemie UK/Commission*, 53/85, *Rec.*, p. 1965.

¹⁶ Suivant une formule héritée de la définition de l'intérêt à agir dans le cadre du pourvoi ; Voy. notamment Trib., 28 septembre 2004, *MCI/Commission*, T-310/00, *Rec.*, p. II-3253, point 44.

¹⁷ Trib., 14 avril 2005, *Sniace/Commission*, T-141/03, *Rec.*, p. II-1197.

¹⁸ Pour un exemple Trib., 17 septembre 1992, *NBV et NVB/Commission*, T-138/89, *Rec.*, p. II-2181, points 33-34.

¹⁹ C.J., 21 décembre 2011, *A2A/Commission*, C-318/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 68, C.J., 21 décembre 2011, *ACEA/Commission*, C-319/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 67, et C.J., 21 décembre 2011, *A2A/Commission*, C-320/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 68. Pour un non-lieu à statuer dans le cas particulier de la disparition de l'intérêt à agir du fait de la faillite du requérant, voy. Trib., 27 avril 1995, *Casillo Grani/Commission*, T-443/93, *Rec.*, p. II-1375.

²⁰ Ainsi d'une entreprise déclarée en faillite après l'introduction de son recours, mais avant que l'aide contestée n'affecte sa situation concurrentielle : Trib., 27 avril 1995, *Casillo Grani/Commission*, T-443/93, *Rec.*, p. II-1375.

d'approbation de l'aide individuelle, ne serait-ce que pour qu'il puisse être contrôlé qu'elle est bien couverte par le régime approuvé²¹. Le Tribunal a également jugé qu'une entreprise concurrente du bénéficiaire d'une aide déclarée incompatible pouvait justifier d'un intérêt à agir contre la décision d'incompatibilité. Tel peut être le cas lorsqu'il dénonce l'existence d'autres mesures qui, bien que non visées par la décision, relèvent de l'objet de la procédure administrative, ou plus largement que ladite décision ne protège pas de façon adéquate sa situation juridique²².

B. Intérêt à agir des États membres destinataires

Les États membres destinataires des décisions de la Commission n'ont pas, comme dans le contentieux général²³, à démontrer leur intérêt à agir contre ces dernières. Ils peuvent, en particulier, attaquer les décisions déclarant une mesure d'aide compatible avec le marché commun, dès lors que la qualification d'aide produit par elle-même des effets juridiques²⁴. C'est souligner qu'ils n'ont pas à établir que ces décisions produisent des effets juridiques à leur égard, mais seulement, le cas échéant, qu'elles sont susceptibles de produire des effets juridiques et donc qu'elles présentent toutes les caractéristiques des actes attaquables²⁵.

C. Intérêt à agir des bénéficiaires

Pour les bénéficiaires d'aides déclarées illégales et/ou incompatibles, cet intérêt n'est autre que celui d'obtenir l'annulation de la décision servant de base juridique à la récupération, mais aussi, plus largement, celui de ne pas

²¹ Trib., 17 juin 1999, *ARAP e.a./Commission*, T-82/96, *Rec.*, p. II-1889, points 35 à 37 ; il doit cependant être noté que, si la Cour n'a pas annulé l'arrêt du Tribunal, elle n'a pas non plus formellement validé cette approche ; voy. C.J., 16 mai 2002, *ARAP e.a./Commission*, C-321/99 P, *Rec.*, p. I-4287, points 60 à 62.

²² Trib., 21 mai 2010, *France e.a./Commission*, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *Rec.*, p. II-2099, points 126 à 131.

²³ Voy. C.J., 13 octobre 2011, *Deutsche Post/Commission*, C-463/10 P et C-475/10 P, *Rec.*, p. I-9639, point 36.

²⁴ Voy., notamment, Trib., 10 avril 2008, *Pays-Bas/Commission*, T-233/04, *Rec.*, p. II-591, points 37 ; confirmé sur ce point par C.J., 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *Rec.*, p. I-7671, points 39 à 42. La question soulevée par cette affaire n'était toutefois pas celle de savoir si l'État membre avait intérêt à agir, mais si une décision de compatibilité constitue un acte attaquant, l'intérêt à agir étant constaté par le Tribunal en prolégomènes à cet examen ; voy. également Trib., 22 octobre 2008, *TV 2/Danmark e.a./Commission*, T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, *Rec.*, p. II-2935, points 63 à 66.

²⁵ En ce sens, Trib., 21 mai 2010, *France e.a./Commission*, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *Rec.*, p. II-2099, points 118 à 120, et Trib., 13 septembre 2010, *Grèce/Commission*, T-415/05, T-416/05 et T-423/05, *Rec.*, p. II-4749, points 57 à 59.

avoir à restituer les aides versées. C'est la raison pour laquelle le Tribunal a pu juger que des entreprises bénéficiaires de régimes d'aides illégaux et incompatibles avec le marché commun ne justifiaient pas d'un intérêt à agir contre la décision de la Commission constatant cette incompatibilité lorsque l'État membre concerné avait décidé, sur la base du dispositif de ladite décision et des indications relatives à son exécution fournies par la Commission, de ne pas procéder à la récupération des aides auprès de celles-ci²⁶. En revanche, les entreprises bénéficiaires d'aides illégales ou incompatibles et ayant procédé à leur remboursement intégral conservent un intérêt personnel et actuel à poursuivre l'annulation de la décision d'interdiction, car elles peuvent alors en exiger le reversement²⁷. De même, l'entreprise bénéficiaire d'une aide dispensée dans le cadre d'un régime général dispose d'un intérêt à agir contre la décision déclarant le régime incompatible, dans la mesure où, dès l'adoption de cette décision, elle doit s'attendre à devoir, en principe, restituer les aides dont elle avait déjà bénéficié²⁸.

Un acte donnant entièrement satisfaction à une personne n'étant, en principe, pas susceptible de lui faire grief, cette dernière ne peut normalement justifier d'un intérêt à en demander l'annulation²⁹. Les bénéficiaires d'aides déclarées compatibles peuvent-elles, dans ces conditions, être considérées comme justifiant d'un intérêt à agir contre la décision de compatibilité ? Important la jurisprudence relative à la notion d'acte attaquant³⁰, le Tribunal a récemment jugé que la circonstance qu'une décision déclarant une aide compatible avec le marché commun ne fasse pas, en principe, grief aux bénéficiaires ne le dispensait

²⁶ Trib., 30 janvier 2002, *Nuove Industrie Molisane/Commission*, T-212/00, *Rec.*, p. II-347, Trib. (ord.), 10 mars 2005, *Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia e.a./Commission*, 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, et Trib. (ord.), 20 septembre 2005, *Makro Cash & Carry Nederland/Commission*, T-258/99, non publiée au *Rec.*

²⁷ Trib., 13 septembre 2010, *Grèce/Commission*, T-415/05, T-416/05 et T-423/05, *Rec.*, p. II-4749. L'on observera, cependant, que l'annulation de la décision d'interdiction peut, certes, créer les conditions de possibilité d'une restitution des aides, mais ne constitue nullement une garantie que les entreprises demeurent éligibles à leur octroi.

²⁸ C.J., 21 décembre 2011, *A2A/Commission*, C-318/09 P, non encore publié au *Rec.*, points 68 à 71, C.J., 21 décembre 2011, *ACEA/Commission*, C-319/09 P, non encore publié au *Rec.*, points 67 à 69, et C.J., 21 décembre 2011, *A2A/Commission*, C-320/09 P, non encore publié au *Rec.*, points 68 à 70.

²⁹ Trib., 11 mars 2009, *TF1/Commission*, T-354/05, *Rec.*, p. II-471, point 85, Trib., 21 mai 2010, *France e.a./Commission*, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *Rec.*, p. II-2099, point 116, et Trib. (ord.), 19 février 2013, *Provincie Groningen e.a./Commission*, T-15/12 et T-16/12, non encore publiée au *Rec.*, point 31.

³⁰ Pour le recours d'entreprises bénéficiaires, voy. Trib., 30 janvier 2002, *Nuove Industrie Molisane/Commission*, T-212/00, *Rec.*, p. II-347, points 36 à 41, Trib., 20 septembre 2007, *Salvat père & fils e.a./Commission*, T-136/05, *Rec.*, p. II-4063, points 34 à 36, et Trib. (ord.), 17 février 2011, *RapidEye/Commission*, T-330/09, non publiée au *Rec.* ; pour le recours d'États membres dispensateurs, voy. C.J. (ord.), 28 janvier 2004, *Pays-Bas/Commission*, C-164/02, *Rec.*, p. I-1177, points 18 à 20 ; C.J., 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *Rec.*, p. I-7671, point 42.

pas d'examiner si l'appréciation de la Commission produisait des effets juridiques obligatoires de nature à affecter leurs intérêts³¹. Sans s'attarder sur ces décisions, l'on se bornera à regretter cette hybridation de jurisprudences pourtant clairement distinctes (notion d'acte attaquant et intérêt à agir), ce que le Tribunal a lui-même constaté³², qui vient inutilement obscurcir un contentieux déjà passablement sophistiqué.

C'est, de façon pour le moins surprenante également, sous l'angle de leur intérêt à agir, que le Tribunal a récemment examiné la recevabilité de recours introduits par des actionnaires d'entreprises bénéficiaires d'aides d'État contre des décisions d'interdiction de la Commission³³. Invité par la Commission à transposer à cette situation sa jurisprudence *Euromin/Conseil*³⁴, le Tribunal juge, en substance, que c'est essentiellement par l'exercice de leurs droits d'associés qu'il leur appartenait de défendre leurs intérêts contre une décision d'interdiction d'une aide, la recevabilité de leur recours direct contre un tel acte étant subordonnée à la démonstration d'un intérêt à agir spécifique, distinct de celui de l'entreprise bénéficiaire. La pertinence de cette approche mérite d'être doublement questionnée. Elle entre, tout d'abord, en contradiction, au moins potentiellement, avec la jurisprudence du Tribunal admettant la qualité pour agir d'un actionnaire détenant la totalité des actions du bénéficiaire de l'aide contre la décision interdisant cette dernière³⁵. Ensuite, si l'on peut aisément concevoir qu'il puisse être difficile d'admettre que l'actionnaire d'une entreprise bénéficiaire d'une aide soit directement concerné par une décision d'interdiction de la Commission, il est, en revanche, beaucoup plus difficile de se convaincre que cet actionnaire ne figure pas au premier rang des personnes ayant intérêt à obtenir l'annulation d'une telle décision, ne serait-ce qu'au regard des modalités suivant lesquelles leur récupération

³¹ Trib., 24 mars 2011, *Freistaat Sachsen et Land Sachsen-Anhalt/Commission*, T-443/08 et T-455/08, *Rec.*, p. II-1311, point 49 ; cet arrêt a été confirmé sur pourvoi par C.J., 19 décembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen et Flughafen Leipzig/Commission*, C-288/11 P, non encore publié au *Rec.* Voy. également Trib. (ord.), 9 février 2013, *Provincie Groningen e.a./Commission*, T-15/12 et T-16/12, non encore publiée au *Rec.*, points 29 à 56.

³² Trib., 21 mai 2010, *France e.a./Commission*, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *Rec.*, p. II-2099, point 117.

³³ Trib. (ord.), 27 mars 2012, *European Goldfields/Commission*, T-261/11, non encore publiée au *Rec.*, points 15 à 31, et Trib. (ord.), 15 mai 2013, *Post Invest Europe/Commission*, T-413/12, non encore publiée au *Rec.*, points 22 à 30.

³⁴ Trib., 20 juin 2000, *Euromin/Conseil*, T-597/97, *Rec.*, p. II-2419.

³⁵ Trib., 1^{er} juillet 2009, *ISD Polska e.a./Commission*, T-273/06 et T-297/06, *Rec.*, p. II-2185, points 40 à 45 ; l'arrêt de la Cour confirmant sur pourvoi le rejet du recours par le Tribunal n'a pas examiné ce point ; voy. C.J., 24 mars 2011, *ISD Polska e.a./Commission*, C-369/09 P, *Rec.*, p. I-2011. Voy. également, dans un autre contexte, Trib., 22 avril 1999, *Monsanto/Commission*, T-112/97, *Rec.*, p. II-1277, points 57 et 58.

doit normalement intervenir et de l'obligation de résultat pesant sur les États membres à cet égard³⁶.

II. – Qualité pour agir

Si les décisions adoptées par la Commission dans le domaine des aides d'État sont toujours formellement adressées aux États membres, de sorte que ces derniers n'ont pas à établir leur qualité pour agir, elles sont néanmoins susceptibles d'affecter d'autres personnes physiques ou morales, qui doivent toujours prendre grand soin d'établir leur qualité pour agir. Comme la Cour l'a rappelé encore récemment, la double condition d'être directement et individuellement concerné par une telle décision, fixée à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, constitue une fin de non-recevoir d'ordre public que les juridictions de l'Union peuvent à tout moment examiner, même d'office, y compris en prenant des mesures pour être plus complètement informées³⁷.

C'est l'appréciation de la qualité pour agir de ces personnes qui a suscité les difficultés les plus importantes, comme en témoigne le nombre de décisions pertinentes³⁸. Il ne saurait, dans ces conditions, être rendu compte par le menu ni de l'ensemble des solutions arrêtées par cette jurisprudence foisonnante ni de ses nombreuses subtilités. L'objectif des développements qui suivent est principalement de fournir au plaideur soucieux d'atteindre sans encombre le prétoire du juge de l'Union les clefs fondamentales de compréhension de ce contentieux, à la lumière des décisions récentes les plus significatives.

³⁶ Sur la jurisprudence concernant l'identification du débiteur de l'obligation de restitution, voy., notamment, C.J., 8 mai 2003, *Italie et SIM 2 Multimedia/Commission*, C-328/99 et C-399/00, *Rec.*, p. I-4035, points 76 à 78, C.J., 29 avril 2004, *Allemagne/Commission*, C-277/00, *Rec.*, p. I-3925, points 80 à 88, C.J., 8 décembre 2011, *Residex Capital IV*, C-275/10, non encore publié au *Rec.*, points 33 à 43, Trib., 28 mars 2012, *Ryanair/Commission*, T-123/09, non encore publié au *Rec.*, points 155 et 156, C.J., 11 décembre 2012, *Commission/Espagne*, C-610/10, non encore publié au *Rec.*, et C.J., 13 juin 2013, *Ryanair/Commission*, C-287/12 P, non encore publié au *Rec.*

³⁷ C.J., 27 octobre 2011, *Autriche/Scheucher - Fleisch e.a.*, C-47/10 P, *Rec.*, p. I-10707, points 97-98. Voy. notamment, C.J. (ord.), 10 mai 2001, *FNAB e.a./Conseil*, C-345/00 P, *Rec.*, p. I-3811, points 39 à 41, C.J. (ord.) 5 juillet 2001, *Conseil national des professions de l'automobile e.a./Commission*, C-341/00 P, *Rec.*, p. I-5263, point 32, C.J., 2 mai 2006, *Regione Siciliana/Commission*, C-417/04 P, *Rec.*, p. I-3881, C.J., 23 avril 2009, *Sahlstedt e.a./Commission*, C-362/06 P, *Rec.*, p. I-2903, point 22, C.J. (ord.), 23 septembre 2009, *Complejo Agrícola/Commission*, C-415/08 P, *Rec.*, p. I-148*, point 21, et C.J. (ord.), 23 septembre 2009, *Calebus/Commission*, C-421/08 P, *Rec.*, p. I-149*, point 21.

³⁸ On peut dénombrer quelques 127 décisions pertinentes au 25 novembre 2013, qui représentent près de 25 % des quelques 549 décisions répertoriées statuant sur la qualité pour agir.

A. *Rappel des distinctions fondamentales*

L'administration, par toute personne physique ou morale, de la preuve de la qualité pour agir contre une décision de la Commission adoptée sur le fondement de l'article 108 TFUE commence par l'identification précise de sa position procédurale. Cette position est d'abord conditionnée par l'objet de la décision qu'elle attaque, qui dépend essentiellement de la phase dans laquelle elle intervient dans la procédure d'examen des aides établie à l'article 108 TFUE, ce que nous rappellerons en premier lieu. Elle est conditionnée, ensuite, par la qualité en laquelle elle l'attaque. La qualité dont il est ici question n'est pas celle qui oppose les bénéficiaires des aides d'État et leurs concurrents, mais celle qui oppose les intéressés au sens de l'article 108, paragraphe 2, TFUE et les autres. Les bénéficiaires et leurs concurrents ont, certes, des intérêts radicalement opposés et ne sont normalement pas, c'est là un truisme, *affectés* ou *intéressés* par les mêmes décisions. Les premiers ont vocation, pour l'essentiel, à attaquer les décisions d'interdiction adoptées à l'issue de la procédure formelle d'examen, tandis que les seconds ont principalement vocation à attaquer les décisions de non-opposition adoptées à l'issue de la phase préliminaire d'examen et, éventuellement, les décisions adoptées à l'issue de la procédure formelle d'examen qui leur sont défavorables. La présentation exhaustive de la jurisprudence concernant la qualité pour agir des personnes physiques ou morales contre les décisions adoptées par la Commission en application de l'article 108 TFUE passe donc nécessairement par cette distinction. Celle-ci est, toutefois, traversée par la distinction entre les intéressés et les autres, ce que le plaideur doit parfaitement mesurer lorsqu'il introduit son recours.

1. *Les différentes phases de la procédure d'examen des aides d'État*

Les deux premières distinctions qui s'imposent, systématiquement rappelées par le juge de l'Union, qui n'appellent pas de longs développements mais sont fondamentales, sont celles qui concernent les deux phases de la procédure d'examen des aides d'État prévue à l'article 108 TFUE et aux articles 4 et 6 du règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE³⁹, et les différentes décisions susceptibles d'être adoptées par la Commission à l'issue desdites phases.

La phase préliminaire d'examen des aides notifiées, prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE et à l'article 4, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999,

³⁹ J.O. L 83, p. 1.

a pour objet de permettre à la Commission de se former une première opinion sur la compatibilité avec le marché commun de l'aide en cause. À l'issue de cette phase d'examen, qui ne saurait s'éterniser⁴⁰, la Commission doit prendre une décision. Elle doit soit décider de clore définitivement son examen, soit décider d'ouvrir la procédure formelle d'examen, prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE et à l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999. Elle peut prendre la première décision lorsque la mesure soit ne relève pas de la qualification d'aide, soit en relève, mais est compatible avec le marché commun. Elle adopte alors une décision de non-objection ou de non-opposition qui constitue également une décision formelle de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen.

En revanche, si la Commission constate, après l'examen préliminaire, que la mesure notifiée suscite des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle est tenue, sur le fondement de l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 659/1999, d'ouvrir la procédure formelle d'examen, au terme de laquelle elle adoptera une décision définitive, qui peut notamment être une décision d'interdiction de la mesure assortie le cas échéant d'un ordre de récupération des sommes déjà versées.

L'identification précise par le requérant de la décision lui faisant grief et de la phase au terme de laquelle elle est intervenue est fondamentale, dans la mesure où elle conditionne en partie la portée du recours qu'il peut introduire.

2. *Les avantages de la qualité d'intéressé*

La notion d'intéressé au sens de l'article 108, paragraphe 2, TFUE est, on le sait, définie de manière relativement large par la Cour comme visant un ensemble indéterminé de destinataires⁴¹, c'est-à-dire non seulement l'entreprise ou les entreprises favorisées par une aide, mais également les personnes, entreprises ou associations éventuellement affectées dans leurs intérêts par l'octroi de l'aide, et notamment les entreprises concurrentes et les organisations professionnelles. Cette définition jurisprudentielle initiale est désormais reprise à l'article 1^{er}, sous h), du règlement n° 659/1999. La Cour a récemment

⁴⁰ Trib., 15 septembre 1998, *Gestevisión Telecinco/Commission*, T-95/96, *Rec.*, p. II-3407, Trib., 3 juin 1999, *TF1/Commission*, T-17/96, *Rec.*, p. II-1757, confirmé par C.J., 12 juillet 2001, *Commission et France/TF1*, C-302/99 P et C-308/99 P, *Rec.*, p. I-5603, et Trib., 29 septembre 2011, *Ryanair/Commission*, T-442/07, non publié au *Rec.*, confirmé par C.J., 16 mai 2013, *Commission/Ryanair*, C-615/11 P, non encore publié au *Rec.*

⁴¹ C.J., 14 novembre 1984, *Intermills/Commission*, 323/82, *Rec.*, p. 3809, points 16 et 17. Le Tribunal a précisé, à cet égard, que la qualité d'intéressé n'était pas réservée aux entreprises substantiellement affectées par l'octroi d'aides ; Voy. Trib., 10 mai 2006, *Air One/Commission*, T-395/04, *Rec.*, p. II-1343, point 36.

précisé qu'un concurrent indirect du bénéficiaire⁴² d'une aide pouvait être qualifié de partie intéressée, pour autant qu'il fasse valoir que ses intérêts pourraient être affectés par l'octroi de l'aide et qu'il démontre, à suffisance de droit, que l'aide risque d'avoir une incidence concrète sur sa situation⁴³. Tel peut être le cas d'un syndicat de travailleurs démontrant que lui-même ou ses affiliés seront éventuellement affectés dans leurs intérêts par l'octroi d'une aide⁴⁴. Tel peut également être le cas d'une entreprise qui a besoin, pour son processus de production, de la même matière première que le bénéficiaire de l'aide⁴⁵.

Sur le plan contentieux, la distinction entre les intéressés et les autres est fondamentale, spécialement pour les concurrents des bénéficiaires d'aides⁴⁶, dans la mesure où les premiers disposent d'un « privilège contentieux », qui découle de la position procédurale que leur reconnaît l'article 108, paragraphe 2, TFUE. Les intéressés ont le droit d'être entendu par la Commission au cours de la procédure formelle d'examen d'une mesure. C'est un droit procédural dont le respect est contrôlé par le juge ou, plus exactement, dont le non-respect peut être sanctionné par l'annulation de la décision adoptée au terme de la phase préliminaire d'examen et portant refus d'ouvrir la procédure formelle d'examen. Comme se plaît à la souligner le juge régulièrement⁴⁷, les entreprises concurrentes du bénéficiaire d'une aide soumise à l'examen préliminaire prévu à l'article 108, paragraphe 3, TFUE ne peuvent obtenir le respect des garanties procédurales qui leur sont conférées par l'article 108, paragraphe 2,

⁴² Il a pu être considéré qu'un « simple rapport de concurrence, même potentiel », pouvait suffire ; Voy. conclusions de l'avocat général Bot présentées le 6 mars 2008 sous C.J., 11 septembre 2008, *Allemagne e.a./Kronofrance*, C-75/05 P et C-80/05 P, *Rec.*, p. I-6619, point 89, *id.* présentées le 3 avril 2008 sous C.J., 17 juillet 2008, *Athinaiki Techniki/Commission*, C-521/06 P, *Rec.*, p. I-5829, point 42, *id.* présentées le 9 juin 2011 sous C.J., 27 octobre 2011, *Autriche/Scheucher - Fleisch e.a.*, C-47/10 P, *Rec.*, p. I-10707, point 64, et conclusions de l'avocat général Jääskinen présentées le 25 novembre 2010 sous C.J., 24 mai 2011, *Commission/Kronoply et Kronotex*, C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441, point 117. Voy. également C.J., 15 juin 1993, *Matra/Commission*, C-225/91, *Rec.*, p. I-3203, points 18 et 19, arrêt par lequel la Cour considère Matra comme intéressé « en sa qualité de principal producteur communautaire des véhicules monocorps et de futur concurrent de l'entreprise » bénéficiaire de l'aide en cause.

⁴³ C.J., 24 mai 2011, *Commission/Kronoply et Kronotex*, C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441, points 63 à 65, et C.J., 27 octobre 2011, *Autriche/Scheucher - Fleisch e.a.*, C-47/10 P, *Rec.*, p. I-10707, point 132.

⁴⁴ C.J., 9 juillet 2009, *3F/Commission*, C-319/07 P, *Rec.*, p. I-5963, point 33.

⁴⁵ C.J., 24 mai 2011, *Commission/Kronoply et Kronotex*, C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441, points 63 à 65.

⁴⁶ Sur le plan contentieux, la qualité d'intéressé reconnu aux bénéficiaires est moins fondamentale que pour les concurrents, leur qualité pour agir étant, hormis dans le cas d'aides dispensées dans le cadre d'un régime général, rarement mise en cause.

⁴⁷ Voy., notamment, C.J., 19 mai 1993, *Cook/Commission*, C-198/91, *Rec.*, p. I-2487 point 23, C.J., 15 juin 1993, *Matra/Commission*, C-225/91, *Rec.*, p. I-3203, point 17, et C.J., 13 décembre 2005, *Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737, point 35. Ces trois arrêts fondamentaux forment ce que nous appellerons dans la suite des développements la « jurisprudence *Cook-Matra-ARE* ». Voy. également Trib., 11 février 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen et Hapag-Lloyd/Commission*, T-86/96, *Rec.*, p. II-179, point 49, et C.J., 9 juillet 2009, *3F/Commission*, C-319/07 P, *Rec.*, p. I-5963, point 31.

TFUE en leur qualité de tiers intéressés que si elles ont la possibilité de contester cette décision devant le juge de l'Union.

Ce privilège prend la forme d'un droit de recours subordonné à des conditions de recevabilité allégées, mais dont la portée est limitée : les personnes physiques ou morales qui ont la qualité d'intéressé sont normalement recevables, en cette seule qualité, en leur recours contre les décisions adoptées par la Commission en application de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, pour autant que ledit recours ne tende qu'à obtenir l'ouverture de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE ou, ce qui revient au même, qu'à assurer la sauvegarde des droits procéduraux que l'ouverture de cette procédure leur octroie. Il s'agit ainsi d'un droit de recours spécifique aux intéressés, soumis à des conditions simplifiées, mais limité à la défense de leurs droits procéduraux.

En dehors de cette hypothèse très précise et très limitée, toutefois, le recours des intéressés, de même que le recours de toute autre personne physique ou morale contre une décision de la Commission adoptée en application de l'article 108 TFUE, n'est recevable qu'aux conditions normales de recevabilité, c'est-à-dire que pour autant qu'ils établissent qu'ils sont directement et individuellement concernés par cette décision, et en particulier qu'ils fassent la démonstration que la décision attaquée les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire le serait⁴⁸. Les intéressés mettant en cause, au-delà de la stricte défense de leurs droits procéduraux, le bien-fondé d'une décision de la Commission adoptées à l'issue de la phase préliminaire d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 3, TFUE, doivent établir que leur position concurrentielle est substantiellement affectée par la mesure en cause.

C'est souligner ainsi que la distinction entre les intéressés et les autres personnes ne présente, sur le plan contentieux, guère d'autre intérêt que celui lié à la revendication du privilège sus-évoqué.

B. *Qualité pour agir des bénéficiaires d'aides d'État*

La jurisprudence de la Cour et du Tribunal concernant la qualité pour agir des bénéficiaires de mesures d'aides contre les décisions adoptées par la Commission sur le fondement de l'article 108 TFUE fut longtemps peu nourrie

⁴⁸ C.J., 15 juillet 1963, *Plaumann/Commission*, 25/62, *Rec.*, p. 197, spéc. p. 223.

et peu variée. Les bénéficiaires de ces mesures, qu'elles soient individuelles ou dispensées dans le cadre d'un régime général et qu'elles aient été notifiées ou pas, ont principalement intérêt à attaquer les décisions d'interdiction de la Commission. Elles n'ont, a priori, pas intérêt, sauf exception, à attaquer les décisions adoptées sur le fondement de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, qu'il s'agisse de décisions de non-objection ou de non-opposition, voire des décisions de compatibilité.

Il convient, cependant, de soigneusement distinguer les décisions interdisant des aides individuelles et celles interdisant des régimes d'aides. La qualité pour agir des bénéficiaires d'aides individuelles contre les décisions les interdisant a rarement fait problème⁴⁹, hormis lorsque le recours était introduit par des représentants des salariés⁵⁰. La jurisprudence sur la qualité pour agir des bénéficiaires d'aides dispensées dans le cadre d'un régime général s'est, en revanche, beaucoup développée.

Les entreprises qui sont les bénéficiaires potentiels d'une aide dispensée dans le cadre d'un régime général d'aides, du fait de leur appartenance au secteur économique bénéficiant d'une aide sectorielle par exemple, ne sont pas de ce seul fait individuellement concernées par la décision d'interdiction du régime⁵¹. Elles doivent passer avec succès le test *Plauman*⁵², étant précisé que la seule qualité d'intéressé au sens de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, ou la seule participation à la procédure formelle d'examen, n'est pas suffisante à cet égard⁵³.

En revanche, les entreprises qui sont les bénéficiaires effectifs⁵⁴ d'une aide versée dans le cadre d'un régime général d'aides et qui sont soumises à un ordre de récupération émanant de la Commission sont individuellement concernées

⁴⁹ Cependant, Trib., 7 octobre 2010, *DHL Aviation et DHL Hub Leipzig/Commission*, T-452/08, non publié au *Rec.*, point 26.

⁵⁰ Trib. (ord.), 18 février 1998, *Comité d'entreprise de la Société française de production e.a./Commission*, T-189/97, *Rec.*, p. II-335, et C.J., 23 mai 2000, *Comité d'entreprise de la Société française de production e.a./Commission*, C-106/98 P, *Rec.*, p. I-3659.

⁵¹ C.J., 2 février 1988, *Van der Kooy e.a./Commission*, 67/85, 68/85 et 70/85, *Rec.*, p. 219, point 15, et C.J., 7 décembre 1993, *Federmineraria e.a./Commission*, C-6/92, *Rec.*, p. I-6357, point 14.

⁵² Situation qui se rencontre assez rarement. Voy., C.J., 2 février 1988, *Van der Kooy e.a./Commission*, 67/85, 68/85 et 70/85, *Rec.*, p. 219, et Trib., 22 novembre 2001, *Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Commission*, T-9/98, *Rec.*, p. II-3367, points 75 à 78.

⁵³ Voy., notamment, Trib., 11 février 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen et Hapag-Lloyd/Commission*, T-86/96, *Rec.*, p. II-179, et Trib. (ord.), 10 mars 2005, *Gruppo ormeggiatori del porto di Venezia e.a./Commission*, 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, point 34.

⁵⁴ Pour une hypothèse dans laquelle le bénéfice de l'aide n'est pas établi, Voy. Trib., 11 juin 2009, *Acegas/Commission*, T-309/02, *Rec.*, p. II-1809. Le pourvoi introduit contre cet arrêt sous le numéro C-341/09 P a été radié.

par la décision d'interdiction du régime⁵⁵. Les deux éléments constituent des conditions cumulatives, d'égale importance⁵⁶. La seule éligibilité au bénéfice d'une aide individuelle dans le cadre d'un régime général ne saurait suffire⁵⁷. Les entreprises bénéficiaires effectives doivent être effectivement visées par l'ordre de récupération⁵⁸ ou à tout le moins entrer dans son champ d'application⁵⁹. Il leur incombe d'établir la preuve de l'octroi de l'aide, en fournissant les informations circonstanciées à cet égard, telles que le montant, la date et l'objet des mesures⁶⁰. Il doit être observé que le Tribunal a jugé que ce versement devait être effectif à la date de la décision d'interdiction⁶¹, mais c'est là une précision qui prête à discussion. C'est, en effet, à la date de l'introduction du recours que l'affectation individuelle doit être appréciée⁶². Il ne saurait, à cet égard, être exclu, qu'une entreprise soit la bénéficiaire effective d'une aide versée postérieurement à une décision d'interdiction tout en relevant du champ d'application d'un ordre de récupération formulé en termes généraux. Sont également recevables, suivant la même logique, les associations professionnelles de défense et de représentation d'entreprises pour autant que certains de leurs membres soient des bénéficiaires effectifs d'une aide individuelle octroyée au titre de ce régime et devant être récupérée⁶³.

⁵⁵ Voy., notamment, C.J., 19 octobre 2000, *Italie et Sardegna Lines/Commission*, C-15/98 et C-105/99, *Rec.*, p. I-8855, points 33 à 37, C.J., 29 avril 2004, *Italie/Commission*, C-298/00 P, *Rec.*, p. I-4087, point 39, C.J., 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere e.a. »/Commission*, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 53, et C.J., 21 décembre 2011, *A2A/Commission*, C-318/09 P, non publié au *Rec.*, point 57, ainsi que les arrêts de même jour, précités.

⁵⁶ Voy., notamment, Trib. (ord.), 21 mars 2012, *Ebro Foods/Commission*, T-234/10, non encore publiée au *Rec.*, point 27, Trib. (ord.) 29 mars 2012, *Asociación Española de Banca/Commission*, T-236/10, non encore publiée au *Rec.*, point 35, et Trib. (ord.), 21 mars 2012, *Modelo Continente Hipermercados/Commission*, T-174/11, non encore publiée au *Rec.*, point 27.

⁵⁷ Trib. (ord.), 16 décembre 2011, *Stichting Woonlinie e.a./Commission*, T-202/10, non publiée au *Rec.*, et Trib. (ord.), 16 décembre 2011, *Stichting Woonpunt e.a./Commission*, T-203/10, non publiée au *Rec.* Ces ordonnances font l'objet de pourvois, respectivement enregistrés sous les numéros C-133/12 P et C-132/12 P.

⁵⁸ En ce sens, Trib., 8 mars 2012, *Iberdrola/Commission*, T-221/10, non encore publié au *Rec.*, point 31.

⁵⁹ En ce sens, Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Altadis/Commission*, T-400/11, non encore publiée au *Rec.*, points 29 à 34.

⁶⁰ Trib. (ord.), 27 mars 2012, *Connefroy e.a./Commission*, T-327/09, non encore publiée au *Rec.*, points 30 à 33.

⁶¹ Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria/Commission*, T-429/11, non encore publiée au *Rec.*, point 35, et Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Telefónica/Commission*, T-430/11, non encore publiée au *Rec.* Ces deux décisions font toutefois l'objet de pourvois, respectivement enregistrés sous les numéros C-587/13 P et C-588/13 P.

⁶² Ce que le Tribunal a, du reste, lui-même jugé. Voy. Trib. (ord.) 29 mars 2012, *Asociación Española de Banca/Commission*, T-236/10, non encore publiée au *Rec.*, point 38.

⁶³ Voy. Trib., 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava e.a./Commission*, T-227/01 à T-229/01, T-265/01, T-266/01 et T-270/01, *Rec.*, p. II-3029, points 107 à 118, confirmé par C.J., 28 juillet 2011, *Diputación Foral de Vizcaya /Commission*, C-471/09 P à C-473/09 P, *Rec.*, p. I-111*, et Trib., 9 septembre 2009, *Diputación Foral de Álava e.a.*, T-230/01 à T-232/01 et T-267/01 à T-269/01, non publié au *Rec.*, points 107 à 118.

C. *Qualité pour agir des concurrents des bénéficiaires*

La jurisprudence récente n'a apporté que peu de précisions sur la qualité pour agir des concurrents des bénéficiaires d'aides lorsqu'ils mettent en cause le bien-fondé d'une décision de non-ouverture de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE. La Cour, en revanche, a apporté quelques précisions d'importance en ce qui concerne la qualité pour agir des intéressés soucieux de protéger leurs droits procéduraux.

1. *Sur le droit de recours limité en qualité d'« intéressés »*

La mise en œuvre de la jurisprudence *Cook-Matra-ARE* soulève une double difficulté, tenant à l'identification précise et exacte de l'objet du recours du requérant intéressé et à la qualification des moyens qu'il articule le cas échéant au soutien de la défense de ses droits procéduraux. La Cour a, en effet, jugé que le Tribunal ne pouvait requalifier le recours d'un intéressé mettant spécifiquement et exclusivement en cause le bien-fondé d'une décision de non-ouverture de la phase formelle d'examen des aides d'État en recours affecté à la défense de ses droits procéduraux⁶⁴. L'identification de l'objet du litige est donc une question de droit soumise au contrôle de la Cour sur pourvoi, ce contrôle intervenant au surplus d'office, dans la mesure où c'est la qualité pour agir des personnes physiques ou morales au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE qui est en cause⁶⁵.

a. *L'identification de l'objet du recours*

Le requérant a-t-il l'obligation, dans le prolongement des exigences de clarté et de précision de la requête, visées à l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal comme à l'article 120, sous c), du règlement de procédure de la Cour⁶⁶, de cibler précisément, pour ne pas dire formellement, l'objet ou, le cas échéant, les objets de son recours, et donc,

⁶⁴ Voy. C.J., 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission*, C-176/06 P, *Rec.*, p. I-170*, point 25, cassant pour un tel motif Trib. 26 janvier 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission*, T-92/02, non publié au *Rec. L. IDOT, Europe*, janvier 2008, Comm. n° 17 ; B. CHEYNEL, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2008, n° 15, p. 51, n° 1082 ; A. MAÏTREPIERRE, « Chroniques Procédures », *Concurrences*, 2008/1, p. 164 ; M. SCHMAUCH, « Locus standi and Article 88(3) : No cure for the Plaumann-blues II », *European Law Reporter*, 2008 p. 21.

⁶⁵ Voy., à cet égard, la jurisprudence déjà citée en note de bas de page n° 37.

⁶⁶ Sur l'importance de cette exigence dans le cadre d'un pourvoi, dans le cas de l'évocation de l'affaire par la Cour, voy. C.J., 13 décembre 2005, *Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737, points 65 à 68.

d'indiquer expressément⁶⁷ que la Commission a violé l'obligation d'ouvrir la procédure formelle d'examen visée à l'article 108, paragraphe 2, TFUE ou encore qu'elle a violé les garanties de procédure prévues par cette disposition, par exemple⁶⁸ ? Certains arrêts de la Cour⁶⁹ comme du Tribunal⁷⁰ pouvaient laisser penser qu'un certain formalisme était de mise⁷¹. Mais la Cour a fini par apporter une réponse mesurée à cette question⁷². L'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal impose au requérant d'identifier la décision dont il demande l'annulation, mais pas que sa requête indique formellement qu'elle vise à l'annulation d'une « décision de ne pas soulever d'objection »⁷³ ou d'une « décision de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen ».

Ces précisions ne sauraient, pour autant, être systématiquement considérées comme suffisantes et une certaine prudence s'impose⁷⁴. C'est, en réalité, moins l'identification formelle de l'objet du litige qui soulève des difficultés, tant pour le juge appelé à identifier l'objet du recours sans le requalifier, que pour le requérant soucieux de construire sa requête de manière à éviter l'irrecevabilité, que le contenu précis de la requête, la nature des moyens, griefs et arguments susceptibles d'être avancés.

b. *L'articulation des moyens tirés de la défense des droits procéduraux*

Pour obtenir l'annulation d'une décision de non-ouverture de la procédure formelle d'examen, le requérant intéressé doit démontrer que l'appréciation des informations et des éléments dont la Commission disposait lors de la

⁶⁷ En ce sens, voy. C.J., 13 décembre 2005, *Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737, point 65 ; B. CHEYNEL, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006, n° 6, pp. 78-80 ; F. MARIATTE, *Europe*, Février 2006, Comm. n° 37 ; E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT, *A.J.D.A.*, 2006, pp. 251-253 ; R. NOVELLI, « Il complesso problema della ricevibilità dei ricorsi di annullamento nel settore degli aiuti di Stato », *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, pp. 844-847.

⁶⁸ Il doit cependant être observé que, dans son arrêt *Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, point 65, la Cour semble considérer que, à tout le moins dans le cadre d'un pourvoi, il pourrait être tenu compte des arguments avancés et de la jurisprudence pertinente citée au cours des phases écrites et orales de la procédure devant le Tribunal.

⁶⁹ Voy., notamment, C.J., 24 mai 2011, *Commission/Kronoply et Kronotex*, C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441, points 51 et 52.

⁷⁰ Voy., notamment, Trib., 13 janvier 2004, *Thermenhotel Stoiser Franz e.a./Commission*, T-158/99, *Rec.*, p. II-1, point 88, et Trib., 7 novembre 2012, *CBI/Commission*, T-137/10, non encore publié au *Rec.*, point 66.

⁷¹ Voy., p. ex., C.J., 11 septembre 2008, *Allemagne e.a./Kronofrance*, C-75/05 P et C-80/05 P, *Rec.*, p. I-6619, point 42.

⁷² C.J., 24 mai 2011, *Commission/Kronoply et Kronotex*, C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441, point 52.

⁷³ C'est la formule utilisée par l'article 4, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999.

⁷⁴ Pour un exemple de refus du Tribunal de considérer une requête comme affectée à la défense des droits procéduraux du requérant, Voy. Trib., 15 janvier 2013, *Aiscat/Commission*, T-182/10, non encore publié au *Rec.*, points 44 à 47.

phase préliminaire d'examen de la mesure en cause aurait dû susciter des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun. Il doit donc articuler des moyens, griefs et arguments de nature à établir ces doutes, c'est-à-dire l'existence de difficultés sérieuses⁷⁵, lesquelles ne peuvent pas ne pas comporter des éléments relevant du fond du dossier⁷⁶. Or, les nécessités inhérentes à cette démonstration placent le requérant intéressé devant le danger de voir sa requête analysée comme mettant en cause le bien-fondé de la décision de non-ouverture de la procédure formelle d'examen, et pas seulement la violation de ses droits procéduraux du fait de l'adoption de la décision de ne pas soulever d'objection, avec la conséquence que sa seule qualité d'intéressé ne suffit alors plus pour que sa qualité pour agir soit admise. Elles placent également le juge de première instance devant le danger d'interpréter trop largement une requête et de la requalifier au risque de la censure par la Cour.

Les premiers développements de la jurisprudence du Tribunal portaient témoignage de ces difficultés⁷⁷ et de ses hésitations. Il a, dans certaines affaires, fait preuve d'une grande souplesse, en examinant assez logiquement l'ensemble des moyens de fond soulevés par le requérant afin d'apprécier s'ils permettaient d'identifier des difficultés sérieuses en présence desquelles la Commission aurait été tenue d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE⁷⁸. Il s'est aussi montré plus exigeant parfois, en se livrant à une sélection des moyens admissibles au regard de l'objectif du contrôle qu'il est appelé à exercer, qui n'est pas de se prononcer sur l'existence d'une aide ou sur sa compatibilité avec le marché commun, mais seulement d'examiner le bien-fondé de la non-ouverture de la procédure formelle d'examen de l'article 108, paragraphe 2, TFUE⁷⁹.

⁷⁵ Voy., à cet égard, ci-dessous, l'examen de la question de l'administration de la preuve de l'existence de difficultés sérieuses.

⁷⁶ La Cour l'a, du reste, elle-même reconnu ; Voy. C.J., 9 juillet 2009, *3F/Commission*, C-319/07 P, *Rec.*, p. I-5963, point 35 : « Afin de réussir dans son action, le requérant peut chercher à démontrer que la compatibilité de la mesure en cause aurait dû susciter des doutes. L'utilisation de tels arguments ne saurait pour autant avoir pour conséquence de transformer l'objet du recours ni d'en modifier les conditions de recevabilité ».

⁷⁷ Voy., en particulier, Trib., 10 décembre 2008, *Kronoply et Kronotex/Commission*, T-388/02, non publié au *Rec.*, points 80 à 83.

⁷⁸ Voy., Trib., 13 janvier 2004, *Thermenhotel Stoiser Franz e.a./Commission*, T-158/99, *Rec.*, p. II-1, points 91 à 167, Trib., 20 septembre 2007, *Fachvereinigung Mineralfaserindustrie/Commission*, T-375/03, non publié au *Rec.*, points 67 à 170, et Trib., 10 décembre 2008, *Kronoply et Kronotex/Commission*, T-388/02, non publié au *Rec.*, points 80 à 8.

⁷⁹ Trib., 10 février 2009, *Deutsche Post et DHL International/Commission*, T-388/03, *Rec.*, p. II-199, points 66 à 69.

La Cour a finalement validé la démarche souple et modérée du Tribunal⁸⁰, en jugeant d'une part, que « le requérant peut invoquer tout moyen de nature à démontrer que l'appréciation des informations et des éléments dont la Commission dispose, lors de la phase préliminaire d'examen de la mesure notifiée, aurait dû susciter des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun » et, d'autre part, que « l'utilisation de tels arguments ne saurait pour autant avoir pour conséquence de transformer l'objet du recours ni d'en modifier les conditions de recevabilité »⁸¹. Elle précise que, au contraire, l'existence de doutes sur cette compatibilité est précisément la preuve qui doit être apportée pour démontrer que la Commission était tenue d'ouvrir la procédure formelle d'examen visée à l'article 108, paragraphe 2, TFUE ainsi qu'à l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999.

La Cour a confirmé cette approche dans une configuration quelque peu inattendue⁸². Dans cette affaire, le Tribunal avait reconnu la qualité pour agir de Ryanair à l'égard d'une mesure d'aide en sa qualité d'intéressée, en examinant l'ensemble des moyens soulevés par cette dernière dans le but d'apprécier s'ils permettaient d'identifier des difficultés sérieuses en présence desquelles la Commission aurait été tenue d'ouvrir la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108, paragraphe 2, TFUE⁸³. C'est précisément cette qualification du recours comme étant affecté à la défense de ses droits procéduraux que Ryanair dénonce dans le cadre du pourvoi comme étant une redéfinition artificielle de l'objet de son recours⁸⁴. La Cour rejette l'argument sur le fondement de la jurisprudence *Commission/Kronoply* et *Kronotex*.

La conclusion qui s'impose est donc que le requérant soucieux d'assurer la défense de ses droits procéduraux, d'obtenir l'annulation d'une décision de non-objection de la Commission et *in fine* l'ouverture de la phase formelle d'examen de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, doit clairement annoncer cet objectif dans sa requête, en articulant expressément un moyen en ce sens, étant précisé que la démonstration de l'existence de difficultés sérieuses peut intervenir dans le cadre de moyens de fond auquel il sera explicitement renvoyé⁸⁵.

⁸⁰ C.J., 24 mai 2011, *Commission/Kronoply et Kronotex*, C-83/09 P, *Rec.*, p. I-4441, point 59.

⁸¹ Voy. également C.J., 27 octobre 2011, *Autriche/Scheucher - Fleisch e.a.*, C-47/10 P, *Rec.*, p. I-10707, point 50, et C.J., 22 septembre 2011, *Belgique/Deutsche Post et DHL International*, C-148/09 P, *Rec.*, p. I-8573, point 55.

⁸² C.J., 13 juin 2013, *Ryanair/Commission*, C-287/12 P, non encore publié au *Rec.*, points 54 à 62.

⁸³ Trib., 28 mars 2012, *Ryanair/Commission*, T-123/09, non encore publié au *Rec.*, points 81.

⁸⁴ C.J., 13 juin 2013, *Ryanair/Commission*, C-287/12 P, non encore publié au *Rec.*, point 60.

⁸⁵ En ce sens, Trib., 28 mars 2012, *Ryanair/Commission*, T-123/09, non encore publié au *Rec.*, points 81 à 189, Trib., 10 juillet 2012, *Smurfit Kappa Group/Commission*, T-304/08, non encore publié au *Rec.*, points 50 à 52, et Trib., 10 juillet 2012, *TF1 e.a./Commission*, T-520/09, non encore publié au *Rec.*, points 48 à 50.

2. *Sur le droit de recours intégral en qualité d'« affectés substantiels »*

Dès lors que le requérant met en cause le bien-fondé de la décision de la Commission en tant que telle, il doit démontrer qu'il a un statut particulier au sens de la jurisprudence *Plaumann*, c'est-à-dire que la décision « l'atteint en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne ». La seule qualité d'intéressé au sens de l'article 108, paragraphe 2, TFUE n'est pas suffisante pour ouvrir le prétoire. De même, la simple participation du requérant à la phase d'examen préliminaire prévue à l'article 4 du règlement n° 659/1999, que ce dernier ait porté plainte de manière confidentielle après la notification de l'aide en cause⁸⁶ ou qu'il soit l'auteur de la plainte à l'origine de l'ouverture de la procédure⁸⁷, ne permet pas de considérer qu'il est, en sa seule qualité d'auteur d'une plainte, individuellement concerné par la décision adoptée à l'issue de cette procédure. Il lui appartient de démontrer que sa position sur le marché est substantiellement affectée par l'aide faisant l'objet de la décision de la Commission⁸⁸, la simple communication d'éléments établissant qu'il est un concurrent⁸⁹ du bénéficiaire de l'aide, direct⁹⁰ ou indirect, n'étant pas suffisante.

Le Tribunal a jugé, à cet égard, qu'il ne lui appartenait pas, « au stade de l'examen de la recevabilité, de se prononcer de façon définitive sur les rapports de concurrence entre les requérantes et les bénéficiaires des mesures en cause » et qu'il incombait « seulement aux requérantes d'indiquer de façon pertinente les raisons pour lesquelles la décision attaquée était susceptible de léser leurs intérêts légitimes en affectant substantiellement leur position sur le marché en cause »⁹¹.

⁸⁶ Trib., 10 juillet 2012, *Smurfit Kappa Group/Commission*, T-304/08, non encore publié au *Rec.*, point 56.

⁸⁷ C.J., 9 juillet 2009, *3F/Commission*, C-319/07 P, *Rec.*, p. I-5963, points 94 et 95.

⁸⁸ C.J., 28 janvier 1986, *Cofaz e.a./Commission*, 169/84, *Rec.*, p. 391, points 22 à 25, C.J., 13 décembre 2005, *Commission/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, *Rec.*, p. I-10737, point 37, et C.J., 9 juillet 2009, *3F/Commission*, C-319/07 P, *Rec.*, p. I-5963, point 34.

⁸⁹ P. ex., Trib. (ord.), 27 mai 2004, *Deutsche Post et DHL/Commission*, T-358/02, *Rec.*, p. II-1565, confirmé par C.J., (ord.), 21 février 2006, *Deutsche Post et DHL Express/Commission*, C-367/04 P, *Rec.*, p. I-26*, Trib. (ord.), 11 janvier 2012, *Phoenix-Reisen et DRV/Commission*, T-58/10, non encore publiée au *Rec.*, et Trib., 15 janvier 2013, *Aiscat/Commission*, T-182/10, non encore publié au *Rec.*

⁹⁰ Trib., 10 juillet 2012, *Smurfit Kappa Group/Commission*, T-304/08, non encore publié au *Rec.*, point 54.

⁹¹ Trib. (ord.), 11 janvier 2012, *Phoenix-Reisen et DRV/Commission*, T-58/10, non encore publiée au *Rec.*, point 44.

III. – Incidence de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE sur le contentieux des aides d'État

La question qui se pose, à l'issue de cette présentation, est celle de savoir si l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne est de nature à modifier l'état de la situation contentieuse dans le domaine des aides d'État, si et dans quelle mesure les conditions simplifiées de recevabilité des recours en annulation des actes réglementaires dénués d'actes d'exécution, posées par l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, peuvent trouver à s'appliquer en la matière.

Aux termes de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE, les personnes physiques ou morales sont recevables à introduire un recours en annulation contre les « actes réglementaires », sans avoir à démontrer que ces derniers les concernent individuellement, dès lors que ces derniers, d'une part, les concernent directement et, d'autre part, sont dénués de mesures d'exécution. La Cour comme le Tribunal ont déjà eu l'occasion d'interpréter ces dispositions⁹², de définir la notion d'acte réglementaire⁹³ et de fournir quelques précisions sur ce que recouvre la notion d'acte ne comportant pas de mesures d'exécution⁹⁴, et même d'en faire application⁹⁵.

Dans le domaine des aides d'État, la jurisprudence est encore très embryonnaire. Le Tribunal a, certes, déjà eu l'occasion d'examiner l'applicabilité de

⁹² Sur la genèse de cette disposition et les débuts de son application concrète, Voy. l'étude de J. Wildemeersch dans le présent ouvrage.

⁹³ Voy. Trib. (ord.), 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriüt Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, T-18/10, *Rec.*, p. II-5599 et le pourvoi, C.J., 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriüt Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, C-583/11 P, non encore publié au *Rec.*, ainsi que les conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 17 janvier 2013. Voy. également, en opposition, conclusions de l'avocat général Wathelet présentées le 29 mai 2013, sous C.J., *Stichting Woonpunt e.a./Commission*, C-132/12 P (affaire pendante).

⁹⁴ Trib. (ord.), 4 juin 2012, *Hüttenwerke Krupp Mannesmann e.a./Commission*, T-379/11, non encore publiée au *Rec.*, Trib. (ord.), 4 juin 2012, *Eurofer/Commission*, T-381/11, non encore publiée au *Rec.*, Trib. (ord.), 5 février 2013, *BSI/Conseil*, T-551/11, non encore publiée au *Rec.*, Trib., 6 juin 2013, *T & L Sugars et Sidul Açúcares/Commission*, T-279/11, non encore publié au *Rec.*, points 46 à 53 (cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi, enregistré sous le n° C-456/13 P), Trib., 6 septembre 2013, *Export Development Bank of Iran/Conseil*, T-4/11 et T-5/11, non encore publié au *Rec.*, points 36 à 42, Trib., 12 septembre 2013, *Palirria Souliotis/Commission*, T-380/11, non encore publié au *Rec.*, points 27 à 45, et Trib., 12 septembre 2013, *Valeo Vision/Commission*, T-457/11, non encore publié au *Rec.*, points 55 à 73.

⁹⁵ Trib., 27 février 2013, *Bloufin Touna Ellas Nafiki Etaireia e.a./Commission*, T-367/10, non encore publié au *Rec.*, points 15 à 29, Trib., 7 mars 2013, *Bilbatna de Alquitranes e.a./ECHA*, non encore publié au *Rec.*, points 52 à 66 (cette décision fait l'objet d'un pourvoi enregistré sous le n° C-287/13 P), Trib., 7 mars 2013, *Rütgers Germany e.a./ECHA*, T-94/10, non encore publié au *Rec.*, points 53 à 66, Trib., 7 mars 2013, *Cindu Chemicals e.a./ECHA*, T-95/10, non encore publié au *Rec.*, points 60 à 73, Trib., 7 mars 2013, *Rütgers Germany e.a./ECHA*, T-96/10, non encore publié au *Rec.*, points 54 à 67 (toutes ces décisions font l'objet de pourvois respectivement enregistrés sous les n° C-288/13 P, C-289/13 P et C-290/13 P), et Trib., 30 mai 2013, *Anicav/Commission*, T-454/10 et T-482/11, non encore publié au *Rec.*, points 42 et 43 (cette décision fait l'objet de pourvois enregistrés sous les n° C-455/13 P, C-457/13 P, et C-460/13 P).

l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE dans le domaine des aides d'État, mais seulement à l'égard de recours contre des décisions déclarant des régimes d'aides incompatibles introduits par des bénéficiaires. En outre, et pour des raisons propres au contrôle des aides d'État, c'est principalement la notion d'acte ne comportant pas de mesures d'exécution qui a bénéficié des premiers développements jurisprudentiels. Reste ainsi entière, pour l'instant, la question de savoir si l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE permettra de porter remède au byzantinisme des conditions de recevabilité des recours des concurrents des bénéficiaires d'aides d'État.

A. *Approches proposées*

L'applicabilité de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE en matière d'aides d'État a été examinée par le Tribunal pour la première fois et dans des termes sensiblement identiques dans un arrêt⁹⁶ puis une ordonnance⁹⁷ rejetant comme irrecevables des recours, intentés par des entreprises bénéficiaires, contre une même décision de la Commission déclarant un régime d'aides incompatible avec le marché commun⁹⁸. L'ordonnance dans l'affaire *Telefónica/Commission*, qui faisait l'objet d'un pourvoi pendant devant la Cour à la date de la préparation de la présente étude, a été confirmée arrêt de la Cour du 19 décembre 2013, *Telefónica/Commission*, C-274/12 P⁹⁹.

1. *La position du Tribunal*

Dans les deux affaires, il était fait valoir que la décision d'interdiction de la Commission était un acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution. Le Tribunal juge, sans se prononcer sur la nature réglementaire de la décision, que cette dernière comporte des mesures d'exécution au sens de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE. Il se contente, à cet égard, de constater que la décision elle-même mentionnait les mesures nationales de récupération des aides litigieuses, lesquelles constituent des mesures d'exécution qui peuvent être contestées devant le juge national par leurs

⁹⁶ Trib., 8 mars 2012, *Iberdrola/Commission*, T-221/10, non encore publié au *Rec.*, points 45 à 48.

⁹⁷ Trib (ord.), 21 mars 2012, *Telefónica/Commission*, T-228/10, non encore publiée au *Rec.*, points 42 à 45.

⁹⁸ La question n'a, en revanche, pas été soulevée dans les autres affaires parallèles visant la même décision. Voy. Trib (ord.), 21 mars 2012, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria/Commission*, T-225/10, non encore publiée au *Rec.*, Trib (ord.), 21 mars 2012, *Ebro Foods/Commission*, T-234/10, non encore publiée au *Rec.*, et Trib (ord.), 21 mars 2012, *Modelo Continente Hipermercados/Commission*, T-174/11, non encore publiée au *Rec.*

⁹⁹ Non encore publiée au *Rec.* Cet arrêt n'a, compte tenu de la date à laquelle il a été prononcé, pas pu être pleinement pris en compte dans la présente étude.

destinataires¹⁰⁰. Le Tribunal estime également que toutes les mesures visant à mettre en œuvre la décision d'incompatibilité, dont notamment celle consistant à rejeter une demande de bénéfice de l'avantage fiscal en cause, constituent des mesures d'exécution au sens de cette disposition qui peuvent être contestées devant le juge national¹⁰¹.

Le Tribunal a confirmé cette approche générale dans trois ordonnances ultérieures¹⁰², concernant des recours contre une autre décision d'interdiction de la Commission visant le même régime général d'aides, mais au terme d'un raisonnement quelque peu différent, adapté aux arguments avancés par les bénéficiaires requérants.

En l'occurrence, la Commission faisait valoir que les requérants ne pouvaient invoquer le bénéfice de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE en invoquant l'existence de plusieurs mesures d'exécution nationales de la décision d'interdiction, et, en particulier, l'abrogation du régime litigieux par le législateur national, la récupération par les autorités fiscales des aides illégales octroyées en vertu du régime litigieux auprès de ses bénéficiaires ainsi que la reconnaissance ou le refus d'octroi de l'avantage fiscal en cause par ces mêmes autorités. Les requérantes faisaient, en revanche, diversement valoir que la décision avait un effet direct et interdisait automatiquement la poursuite de l'application du régime sans qu'aucune mesure complémentaire ne soit nécessaire¹⁰³ ou que les autorités nationales ne disposaient d'aucune marge de manœuvre pour exécuter l'ordre de récupération¹⁰⁴.

Le Tribunal rejette les arguments en se fondant essentiellement sur l'article 288, quatrième alinéa, TFUE, aux termes duquel la décision n'est, lorsqu'elle désigne des destinataires, obligatoire que pour ces derniers. Il juge, en substance, qu'une décision d'interdiction d'un régime d'aides ne peut produire d'effets juridiques à l'égard des bénéficiaires que par l'intermédiaire des mesures nationales d'exécution. Il prend également soin de rejeter l'argument tiré de l'absence de toute marge d'appréciation des États membres destinataires des décisions d'interdiction, en soulignant, d'une part, qu'il s'agit d'un critère

¹⁰⁰ Point 46 de l'arrêt et point 43 de l'ordonnance.

¹⁰¹ Point 47 de l'arrêt et point 44 de l'ordonnance.

¹⁰² Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Altadis/Commission*, T-400/11, non encore publiée au *Rec.*, points 42 à 48, Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria/Commission*, T-429/11, non encore publiée au *Rec.*, points 47 à 54, et Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Telefónica/Commission*, T-430/11, non encore publiée au *Rec.*, points 47 à 54.

¹⁰³ Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria/Commission*, T-429/11, non encore publiée au *Rec.*, point 49, et Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Telefónica/Commission*, T-430/11, non encore publiée au *Rec.*, point 49.

¹⁰⁴ Trib. (ord.), 9 septembre 2013, *Altadis/Commission*, T-400/11, non encore publiée au *Rec.*, point 44.

de l'affectation directe et, d'autre part, que l'exigence d'un acte ne comportant pas de mesures d'exécution et l'exigence de l'affectation directe sont deux conditions différentes.

2. *L'approche de l'avocat général Kokott*

L'avocat général Kokott aboutit, dans ses conclusions dans l'affaire *Telefónica/Commission*, à la même conclusion que le Tribunal, mais au terme de développements beaucoup plus substantiels.

Elle se prononce tout d'abord, à la différence du Tribunal, sur la question de savoir si une décision d'interdiction peut être qualifiée d'acte réglementaire au sens de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE¹⁰⁵. Elle estime, en l'occurrence, qu'une décision d'interdiction d'un régime général d'aides constitue un acte réglementaire au sens de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE, en se fondant, en substance, sur trois éléments. Premièrement, une telle décision n'est pas un acte formellement législatif au sens de l'article 289, paragraphe 3, TFUE, adopté au terme d'une procédure législative. Deuxièmement, une telle décision est un acte de portée générale. Elle ne s'adresse, certes, qu'à l'État membre destinataire, mais elle présente également la particularité de pouvoir « *façonner un ordre juridique national* », en s'imposant à tous les organes de l'État membre destinataire et en y déployant sa portée générale. Troisièmement, une décision interdisant un régime d'aides a, pour les bénéficiaires potentiels du régime d'aides, le caractère d'une mesure de portée générale.

Elle examine, ensuite, de manière très détaillée et fort subtile la question de l'existence de mesures d'exécution¹⁰⁶. Elle considère, tout d'abord, qu'il faut aborder cette question en considération de l'objet du recours, qui est, en l'occurrence, de mettre en cause l'incompatibilité partielle du régime d'aide et pas la récupération de celles-ci, tout en précisant, de façon assez sibylline, que la prise en considération de la récupération ne saurait être exclue¹⁰⁷. Elle s'efforce, ensuite, de dégager le sens de cette condition, en examinant l'énoncé même de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, par référence notamment aux dispositions d'un traité utilisant l'expression « mesures d'exécution »¹⁰⁸ puis sa genèse¹⁰⁹. Rappelant que l'ajout de la dernière phrase de l'article 263,

¹⁰⁵ Voy. points 17 à 29 des conclusions.

¹⁰⁶ Voy. points 30 à 56 des conclusions.

¹⁰⁷ Voy. points 33 et 34 des conclusions.

¹⁰⁸ Voy. points 35 à 38 des conclusions.

¹⁰⁹ Voy. points 39 à 42 des conclusions.

quatrième alinéa, TFUE était destiné à éviter que le justiciable ne soit contraint d'enfreindre le droit pour pouvoir accéder au juge, elle considère qu'un acte réglementaire est dénué de mesures d'exécution lorsqu'il produit ses effets directement pour les particuliers sans *requérir*¹¹⁰ de mesures d'exécution. L'acte réglementaire doit produire par lui-même des effets juridiques définitifs sur le particulier¹¹¹, il doit déterminer lui-même définitivement des effets juridiques concrets pour chaque particulier¹¹².

L'avocat général s'emploie ensuite à appliquer ces critères en l'espèce, faisant intervenir la distinction entre la « décision d'incompatibilité », objet du recours, et la « décision de récupération », qui est distincte et autonome, quand bien même la première serait nécessaire à la seconde. Elle estime que, si la « décision d'incompatibilité » produit certes des effets juridiques concrets et immédiats, ce n'est qu'à l'égard de l'État membre destinataire, conformément à l'article 288, quatrième alinéa, TFUE. La « décision d'incompatibilité » transforme, certes l'ordre juridique national, l'abandon du régime d'aides affectant les personnes relevant de son champ d'application, mais elle ne produit pas d'effet juridique concret et définitif sur les bénéficiaires potentiels. Dans le cas d'espèce, c'est l'avis d'imposition qui individualise concrètement les effets de la décision d'incompatibilité¹¹³.

L'avocat général prend également soin de préciser qu'il est sans importance que la mesure d'exécution émane de l'Union ou des États membres¹¹⁴.

3. *L'approche de l'avocat général Wathelet*

Dans ses conclusions du 29 mai 2013 dans l'affaire *Stichting Woonpunt*¹¹⁵, concernant des aides d'État, l'avocat général Wathelet a estimé que l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE devait trouver à s'appliquer. Il commence par rappeler¹¹⁶, à juste titre, que la recevabilité d'un recours en annulation relevant de l'ordre public et devant être soulevée

¹¹⁰ Italiques ajoutées par l'avocat général.

¹¹¹ Voy. point 41 des conclusions.

¹¹² Voy. point 42 des conclusions.

¹¹³ Voy. points 43 à 51 des conclusions.

¹¹⁴ Point 52 des conclusions.

¹¹⁵ Conclusions de l'avocat général Wathelet présentées le 29 mai 2013, sous *Stichting Woonpunt e.a./Commission*, C-132/12 P (affaire pendante), points 49 et 50.

¹¹⁶ Voy., notamment, C.J., 24 mars 1993, *CIRFS e.a./Commission*, C-313/90, *Rec.*, p. I-1125, point 23, C.J. (ord.), 5 juillet 2001, *Conseil national des professions de l'automobile e.a./Commission*, C-341/00 P, *Rec.*, p. I-5263, point 32, C.J. (ord.), 10 mai 2001, *FNAB e.a./Conseil*, C-345/00 P, *Rec.*, p. I-3811, point 39, C.J., 23 avril 2009, *Sahlstedt e.a./Commission*, C-362/06 P, *Rec.*, p. I-2903, point 22, et C.J., 27 octobre 2011, *Autriche/Scheucher - Fleisch e.a.*, C-47/10 P, *Rec.*, p. I-10707, point 97.

d'office, le Tribunal a l'obligation d'examiner dans chacune des affaires qui lui sont soumises l'applicabilité de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE.

L'avocat général examine l'applicabilité de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE en deux temps, se livrant tout d'abord à l'exégèse de la disposition pour ensuite l'appliquer concrètement au cas d'espèce. La position qu'il adopte n'a cependant rien d'une solution d'espèce, conditionnée par les circonstances propres au litige. Il semble, en effet, défendre le principe même d'une application générale de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE dans le contentieux des aides d'État et donc d'une suppression pure et simple du contrôle de l'affectation individuelle dans le cadre des recours introduits tant par les bénéficiaires des aides que par leurs concurrents¹¹⁷.

Prenant le contrepied des conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Telefónica/Commission*, il estime tout d'abord, bien que cette appréciation ne fût pas indispensable en l'occurrence¹¹⁸, que la notion d'acte réglementaire vise tout acte de portée générale, qu'il soit législatif ou pas. Quel que puisse être l'intérêt de ces développements, ils sont, en tout état de cause dépassés par l'interprétation retenue par la Cour dans son arrêt *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*. Reprenant les termes mêmes des conclusions de l'avocat général Kokott, il estime que la décision de compatibilité déploie une portée générale et constitue donc bien un acte réglementaire au sens de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE¹¹⁹.

Il rappelle, ensuite, la jurisprudence standard définissant la notion de « directement concerné », qui doit recevoir la même interprétation dans l'ensemble de l'article 263 TFUE. Une personne physique ou morale est directement concernée par un acte de l'Union si ce dernier produit directement ses effets sur sa situation juridique et ne laisse aucun pouvoir d'appréciation à ses destinataires qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union, sans application d'autres règles intermédiaires¹²⁰.

Il aborde, enfin, la question de l'absence de mesures d'exécution, estimant d'emblée que l'interprétation retenue par le Tribunal dans les affaires *Iberdrola/Commission* et *Telefónica/Commission*, ci-dessus examinées, est trop restrictive. Selon l'avocat général, en effet, les « mesures d'exécution » visées à

¹¹⁷ Voy. point 78 des conclusions.

¹¹⁸ Il était constant que la décision en cause, déclarant compatible des régimes d'aides sur le fondement de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, n'avait pas été adoptée suivant une procédure législative.

¹¹⁹ Voy. points 84 à 88 des conclusions.

¹²⁰ C.J., 13 mars 2008, *Commission/Infront WM*, C-125/06 P, *Rec.*, p. I-1451, point 47.

l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE ne peuvent comprendre les mesures nationales d'exécution¹²¹, dans la mesure où il existe toujours des mesures nationales d'exécution d'actes réglementaires de l'Union¹²². Il conclut d'ailleurs, non sans fondements, que la condition liée à l'absence de mesure d'exécution n'est qu'une répétition de la définition jurisprudentielle de l'affectation directe¹²³. Examinant la situation créée par la décision de compatibilité en cause, il aborde du reste ensemble les deux éléments (« directement concerné » et « absence des mesures d'exécution »)¹²⁴. Or, la décision en cause, adoptée sur le fondement de l'article 19, paragraphe 1, du règlement n° 659/1999, ne laisse aucune marge d'appréciation à l'État membre.

Cette proposition, assez radicale, trouve, selon l'avocat général, une justification dans la circonstance que la suppression d'une aide illégale par voie de récupération est la conséquence logique de la constatation de son illégalité, de sorte que les mesures de récupération prises par un État membre ne sont que les accessoires nécessaires d'une décision d'interdiction¹²⁵. Elle présenterait également l'avantage de centraliser le contentieux des aides d'État devant les juridictions de l'Union, en neutralisant la jurisprudence *TWD Textilwerke Deggendorf*¹²⁶ et en accroissant ainsi la sécurité juridique.

B. Perspectives envisageables

À la lumière des premières prises de position du Tribunal et des avocats généraux de la Cour, il est assez difficile d'entrapercevoir, pour le moment, ce que les nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE sont susceptibles de modifier dans le contentieux de l'annulation des aides d'État, même si l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Tefelónica/Commission* apporte déjà quelques éléments de réponse.

D'une manière générale, il pouvait raisonnablement être considéré que la Cour, suivant une tendance qui se dessinait¹²⁷ et comme elle l'avait fait dans son arrêt *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*¹²⁸ prendrait

¹²¹ Voy. point 75 des conclusions

¹²² Voy. point 72 des conclusions.

¹²³ Voy. points 76 et 79 des conclusions.

¹²⁴ Voy. points 89 à 96 des conclusions.

¹²⁵ Voy. point 77 des conclusions.

¹²⁶ C.J., 9 mars 1994, *TWD/Bundesrepublik Deutschland*, C-188/92, *Rec.*, p. I-833.

¹²⁷ Voir, outre; C.J., 24 novembre 2011, *Circul Globus București*, C-283/10, *Rec. p.* I-12031, points 34-35; C.J., 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, non encore publié au Recueil, point 135; Voir également arrêt *Circul Globus București*, précité (points 34-35).

¹²⁸ C.J., 3 octobre 2013, C-583/11 P, non encore publié au Recueil, point 50.

vraisemblablement en considération la « mission » assignée par le constituant aux nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE pour interpréter cette disposition¹²⁹. Il pouvait se déduire de l'esprit qui anime cette modification que la notion de mesures d'exécution doit couvrir tant les mesures adoptées par les États membres que les mesures adoptées par l'Union¹³⁰. Dès lors que l'existence d'un acte national permet au requérant de lier le contentieux sur le plan national, et donc d'exciper de l'illegalité de l'acte réglementaire lui faisant abstraitement grief, pour reprendre la terminologie de l'avocat général Kokott, la fonction assumée par l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE doit être considérée comme remplie, sauf à remettre en cause le postulat même de l'existence d'un système complet et cohérent de voies de recours et l'idée même de systématique des voies de recours¹³¹.

De ce point de vue, il était assez peu probable que le contentieux des aides d'État subît le bouleversement souhaité par l'avocat général Wathelet. Il est vraisemblable que l'objet du recours sera pris en considération¹³², l'applicabilité des nouvelles dispositions étant évaluée au cas par cas, en fonction de la nature des décisions attaquées et de la qualité des requérants. Dans cette perspective, l'on peut légitimement se demander si l'application de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE ne pourrait pas trouver à s'appliquer aux recours des concurrents des bénéficiaires d'aides d'État contre les décisions de la Commission de non-ouverture de la procédure formelle d'examen prévue à l'article 108 TFUE, et venir, finalement se substituer à la très subtile jurisprudence distinguant le droit de recours limité des intéressés et le droit de recours intégral des « affectés substantiels ». Il peut, en effet, être considéré que ces décisions concernent directement les concurrents tout en étant dénuées de mesures d'exécution à leur égard, étant précisé que la volonté des États membres de mettre en œuvre des aides notifiées fait généralement peu de doute. Il reste cependant à déterminer si ces décisions peuvent être considérées comme ayant une portée générale et être qualifiées d'actes réglementaires. En tout état de cause, l'application de cette disposition à ce cas de figure réduirait incontestablement un nid à contentieux.

¹²⁹ Voy. arrêt *Tefefónica/Commission*, C-274/12 P, précité, points 27 à 29.

¹³⁰ Voy. arrêt *Tefefónica/Commission*, C-274/12 P, précité, points 27 à 39 et 56 à 61.

¹³¹ Voir, F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Dalloz, 2003.

¹³² En ce sens, voy. arrêt *Tefefónica/Commission*, C-274/12 P, précité, point 31.

Conclusion

Loin de se tarir, le flot continu de décisions examinant la recevabilité des recours en annulation dans le domaine des aides d'État tend à s'amplifier, comme la recension des nombreuses décisions récentes en témoigne. Alimenté par le génie des plaideurs, ce contentieux soulève en outre des questions de plus en plus subtiles, que le requérant devra affronter et résoudre avant même d'aborder les questions de fond, elles-mêmes de plus en plus complexes¹³³. Sauf à envisager une révision du traité, c'est là une réalité dont il faudra vraisemblablement s'accommoder. Cependant, un point demeure, pour l'instant, ouvert aux spéculations, celui de la dualité, établie par la jurisprudence *Cook-Matra-ARE*, du statut contentieux des intéressés attaquant une décision de non-ouverture de la procédure formelle d'examen en fonction de l'objectif poursuivi par le recours.

Cette dualité mérite, certes, au-delà de la complexité qu'elle a introduite¹³⁴ et de la confusion qu'elle a générée, d'être discutée au regard de sa finalité. Pourquoi maintenir la distinction entre conditions allégées de recevabilité du recours limité à la défense des droits procéduraux et conditions strictes de recevabilité du recours dirigé contre le bien-fondé de la décision, dès lors que, en réalité, la fin poursuivie par le requérant est et ne peut être que d'obtenir l'ouverture de la procédure formelle d'examen, afin d'être mis en mesure de fournir toute information utile de nature à conduire la Commission à prononcer, le cas échéant, l'interdiction de l'aide en cause ? L'avocat général Mengozzi a évoqué, à cet égard¹³⁵, une justification tirée de la différence dans le contrôle exercé par le juge et de l'avantage que pourrait en retirer le requérant. Saisi d'un recours affecté à la seule défense des droits procéduraux, le juge se bornerait à examiner « la présence des conditions qui justifient de ne pas ouvrir la procédure formelle d'examen, c'est-à-dire l'absence de difficultés sérieuses dans la qualification de la mesure en tant qu'aide ». En revanche, saisi d'un recours dirigé contre le bien-fondé de la décision, le juge irait au-delà, pourrait constater l'existence d'une aide ou l'absence des conditions d'une déclaration de compatibilité, et pourrait donc faire des constatations qui lieraient la Commission et prédétermineraient, au moins en partie, le contenu de la décision qui serait adoptée à l'issue de la procédure formelle d'examen. Si l'argument ne saurait

¹³³ Sur le fond du contentieux des aides d'État, voy. l'étude de Marianne Dony dans le présent ouvrage.

¹³⁴ L'on observera cependant que, si l'appréhension de la qualité pour agir est, dans le contentieux des aides d'État, globalement plus complexe du fait de cette dualité, il demeure que l'administration de la preuve de la qualité pour agir est, pour les intéressés soucieux de défendre leurs droits procéduraux, plus simple.

¹³⁵ Voy. point 71 des conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 17 juillet 2008, sous C.J., 22 décembre 2008, *British Aggregates/Commission*, C-487/06 P, *Rec.*, p. I-10515.

être négligé, il est cependant bordé par la répartition stricte des compétences entre la Commission, qui est seule habilitée à adopter la décision finale, et le juge, dont le pouvoir se limite à contrôler la légalité de ladite décision.

Néanmoins, cette dualité trouve sa source dans le mouvement plus général d'une jurisprudence exploitant systématiquement l'existence de garanties procédurales pour définir des statuts contentieux spécifiques soumis à des conditions de recevabilité assouplies et standardisées et ainsi « sécuriser » le droit de recours de certaines catégories clairement identifiées de requérants¹³⁶. L'on ne saurait, de ce point de vue, faire reproche au juge de l'Union d'avoir simplifié l'examen de la qualité pour agir des intéressés et d'avoir ainsi renforcé les contraintes découlant pour les institutions de l'Union du principe de bonne administration, désormais garanti par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹³⁷. Il peut, cependant, être raisonnablement soutenu que la réalisation de ce double objectif, la simplification du contentieux dans l'intérêt de la bonne administration de la politique en matière d'aides d'État, serait sans doute mieux et assurément plus simplement servie par l'extension du champ d'application des nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, dernière phrase, TFUE à ce cas de figure.

¹³⁶ En ce sens, F. MARIATTE, *Contentieux de l'Union européenne 1, Annulation, Exception d'illégalité*, coll. Lamy Axe Droit, Paris, Dalloz, 2011, p. 153, n° 82 et p. 162, n° 89.

¹³⁷ Sous réserve, bien entendu, que les garanties procédurales de l'article 108, paragraphe 2, TFUE soient assimilables au droit d'être entendu, visé à l'article 41, paragraphe 2, sous a), de la Charte.

CHAPITRE 6. LA PORTÉE DU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DANS LE CONTENTIEUX EN ANNULATION EN MATIÈRE D'AIDES D'ÉTAT

Marianne DONY¹

Introduction

1. Le contrôle des aides d'État par la Commission a pris une ampleur grandissante au fil des années. La Commission exerce sa mission sous le contrôle de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne, qui, d'année en année, sont saisis d'un nombre de plus en plus important de recours en annulation de ses décisions. Dans le cadre de ce contentieux, deux questions se posent particulièrement : d'une part, la recevabilité des recours introduits par d'autres personnes que l'État membre destinataire de la décision de la Commission et, d'autre part, les moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui de ces recours.

La première question faisant l'objet d'une autre contribution dans le présent ouvrage², nous nous concentrerons sur la portée du contrôle que les juridictions de l'Union sont, par le biais des recours en annulation, amenées à exercer sur les décisions de la Commission.

2. S'agissant du contentieux en annulation en matières d'aides d'État, le principe est bien connu : le rôle du juge est, en principe, de « contrôler la légalité des actes » attaqués et, à cette fin, de vérifier si la décision attaquée est ou non entachée d'une des causes d'illégalité prévue à l'article 263 TFUE³ « sans pouvoir substituer son appréciation en fait, notamment sur le plan économique, à celle de l'auteur de la décision »⁴. En d'autres termes, le contrôle du juge de l'Union en matière d'aide d'État est un contrôle de légalité, et non un contrôle économique de fond.

¹ Professeur ordinaire à l'Université libre de Bruxelles, chaire Jean Monnet de droit de l'Union européenne. L'auteur peut être contactée à l'adresse marianne.dony@ulb.ac.be.

² Voy. la contribution de F. Mariatte dans le présent ouvrage.

³ À savoir « incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir ».

⁴ Voy. C.J., 15 juin 1993, C-225/91, *Matra/Commission*, Rec., p. I-5823, point 23.

À la lecture de la jurisprudence, les principaux moyens d'annulation invoqués dans le contentieux des aides d'État sont une application incorrecte de la notion d'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ou des dérogations contenues aux paragraphes 2 et 3 de cette disposition, le non-respect des règles régissant la procédure d'examen des aides, telles qu'établies à l'article 108 TFUE⁵, l'absence d'une motivation conforme aux exigences de l'article 296 TFUE et la violation de certains principes généraux de droit⁶.

3. C'est lorsque le juge est invité à contrôler les appréciations de la Commission quant à la qualification d'une mesure en tant qu'aide d'État (I) ou la compatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur (II) que la question de la portée du contrôle de légalité se pose avec le plus d'acuité. Dans ce contexte, le respect de l'obligation de motivation joue un rôle important (III).

La matière ainsi couverte se caractérise par une grande stabilité et nous avons donc uniquement retenu les arrêts qui nous paraissent soit apporter une innovation ou un éclairage nouveau, soit illustrer particulièrement bien des courants jurisprudentiels bien ancrés.

I. – Le contrôle de la qualification d'une mesure d'aide d'État

A. Les principes

1. *Un contrôle en principe entier*

4. Selon une jurisprudence constante, la notion d'aide, telle qu'elle est définie dans le traité⁷, présente un caractère juridique et doit être interprétée sur

⁵ Principalement l'existence « de difficultés sérieuses » auxquelles la Commission est confrontée, qui l'obligent à ouvrir une procédure formelle ; voy. à ce sujet notamment Trib., 28 mars 2012, T-123/09, *Ryanair/Commission*, non encore publié au *Rec.*, point 77.

⁶ Parmi les principes généraux de droit, le principe de protection de la confiance légitime occupe une place de premier choix. Force est cependant de constater qu'en matière de contrôle des aides d'État, l'interprétation qui en a été retenue jusqu'à présent par les juridictions de l'Union est très restrictive. Ainsi, comme l'a rappelé en dernier lieu la Cour de justice dans un arrêt du 13 juin 2013 (*HGA e. a./Commission*, C-630/11 P à C-633/11 P, non encore publié au *Rec.*), « une confiance légitime dans la régularité d'une aide d'État ne saurait en principe, et sauf circonstances exceptionnelles, être invoquée que si cette aide a été accordée dans le respect de la procédure prévue à l'article 108 TFUE ». Quant au principe des droits de la défense, sa portée dans le domaine du contentieux des aides d'État est limitée ; en effet, la procédure de contrôle des aides est une procédure ouverte uniquement à l'encontre de l'État membre concerné qui donc est le seul à bénéficier de la protection des droits de la défense. Les autres parties (entreprise bénéficiaire, autres États membres, concurrents, etc.) ont seulement le « droit », en qualité de « parties intéressées », de déposer des observations (jurisprudence constante rappelée notamment par C.J., 8 mai 2008, *Ferriere Nord SpA/Commission*, C-49/05 P, *Rec.*, p. I-68, points 63 et s.).

⁷ Aux termes d'une jurisprudence constante, l'article 107, paragraphe 1, TFUE impose que quatre conditions soient remplies pour retenir la qualification d'aide : « Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou

la base d'éléments objectifs. Dès lors que la qualification d'une mesure d'aide d'État incombe, selon le traité, tant à la Commission qu'au juge national⁸, la Commission ne saurait, en la matière, se voir reconnaître un large pouvoir d'appréciation⁹.

5. Il en résulte que « le juge de l'Union européenne doit, en principe et compte tenu tant des éléments concrets du litige qui lui est soumis que du caractère technique ou complexe des appréciations portées par la Commission, exercer un contrôle entier en ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE »¹⁰.

En d'autres termes, il appartient au juge de vérifier si la Commission n'a commis aucune erreur de droit dans l'interprétation des conditions permettant la qualification d'« aide » au sens de l'article 107 TFUE, si les faits invoqués par la Commission dans sa décision sont matériellement exacts et s'ils sont de nature à établir que l'ensemble de ces conditions sont remplies¹¹.

au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence ». Voy., en dernier lieu, C.J., 2 septembre 2010, *Commission/Deutsche Post*, C-399/08 P, *Rec.*, p. I-7831, point 39, Trib., 18 janvier 2012, *Djebel/Commission*, T-422/07, non encore publié au *Rec.*, point 84, Trib., 2 mars 2012, *Pays-Bas/Commission*, T-29/10 et T-33/10, non encore publié au *Rec.*, point 96, Trib. 28 février 2012, *Grazer Wechselseitige Versicherung/Commission*, T-282/08, non encore publié au *Rec.*, point 43, Trib., 13 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-379/09, non encore publié au *Rec.*, point 34, Trib., 20 mars 2013, *Rousse Industry/Commission*, T-489/11, non encore publié au *Rec.*, point 29, Trib., 12 septembre 2013, *Allemagne/Commission*, T-347/09, non encore publié au *Rec.*, point 19, Trib., 13 septembre 2013, *Poste italienne/Commission*, non encore publié au *Rec.*, T-525/08, point 46, Trib., 16 septembre 2013, *British Telecommunications/Commission*, T-226/09 et T-230/09, non encore publié au *Rec.*, point 38, et Trib., 12 novembre 2013, *Mol/Commission*, T-499/10, non encore publié au *Rec.*, point 51.

⁸ En effet, comme l'a souligné la Cour dans son arrêt du 11 juillet 1996 (*SFEI*, C-39/94, *Rec.*, p. I-3547), en vue de déterminer si des mesures auraient dû être notifiées à la Commission, une juridiction nationale peut être amenée à interpréter et à appliquer la notion d'aide. En cas de doute, elle peut demander à la Commission des éclaircissements. En outre, elle peut ou doit poser une question préjudicielle à la Cour.

⁹ Trib., 18 décembre 2008, *Componenta/Commission*, T-455/05, *Rec.*, p. II-336, point 97, et C.J., 22 décembre 2008, *British Aggregates Association c. Commission et Royaume-Uni*, C-487/06 P, *Rec.*, p. I-10515, points 111 à 114.

¹⁰ C.J., 1^{er} juillet 2008, *Chronopost/UFEX e.a.*, C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, point 141, Trib., 17 décembre 2008, *Ryanair/Commission*, T-196/04, *Rec.*, p. II-3643, Trib., 18 janvier 2012, *Djebel/Commission*, T-422/07, non encore publié au *Rec.*, Trib., 28 février 2012, *Grazer Wechselseitige Versicherung/Commission*, T-282/08, non encore publié au *Rec.*, point 47, Trib., 28 mars 2012, *Ryanair/Commission*, T-123/09, non encore publié au *Rec.*, point 75, C.J., 21 juin 2012, *BNP Paribas et BNL/Commission*, C-452/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 100, Trib., 3 juillet 2013, *MB System/Commission*, T-209/11, non encore publié au *Rec.*, point 35, Trib., 12 septembre 2013, T-347/09, *op. cit.*, point 21, et Trib., 13 septembre 2013, *Poste Italiane/Commission*, T-525/08, non encore publié au *Rec.*, point 47.

¹¹ Ainsi, dans un arrêt du 11 septembre 2012 (T-565/08, *Corsica Ferries/Commission*, non encore publié au *Rec.*), le Tribunal, après avoir rappelé en droite ligne d'une jurisprudence constante que, pour déterminer si des « aides à la personne », au bénéfice de travailleurs constituent une aide au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, il convenait de vérifier si l'entreprise employeur ne bénéficiait pas d'un « avantage économique indirect qui lui permet de ne pas avoir à supporter des coûts qui auraient normalement dû grever ses ressources financières propres », constate que les explications données sur cette question par la Commission ne sont « ni convaincantes ni même compréhensibles ».

Ainsi, à deux reprises, la Cour de justice a annulé un arrêt dans lequel le Tribunal n'avait procédé qu'à un contrôle restreint sur les appréciations effectuées par la Commission en ce qui concerne la question de savoir si la mesure contestée entrait dans le champ d'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE¹².

6. Les juridictions de l'Union ont encore précisé que, comme la notion d'aide d'État répond à une situation objective qui s'apprécie à la date à laquelle la Commission prend sa décision, ce sont les appréciations portées à cette date et les éléments dont elle disposait au moment où elle les a effectuées qui doivent être prises en compte pour opérer le contrôle juridictionnel¹³.

2. *Sauf en cas d'appréciations économiques complexes*

7. Toutefois, lorsque, pour opérer la qualification en tant qu'aide, la Commission doit procéder à des appréciations économiques complexes, elle dispose alors d'un large pouvoir d'appréciation « dont l'exercice implique des évaluations d'ordre économique qui doivent être effectuées dans le contexte de l'Union européenne ».

Dès lors, même si les juridictions de l'Union exercent en principe un contrôle « entier » pour ce qui concerne la question de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 102, paragraphe 1, TFUE, celui qu'elles sont susceptibles d'exercer sur les appréciations économiques complexes faites par la Commission est un contrôle restreint « qui se limite nécessairement à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir. En particulier, il n'appartient pas au juge de l'Union, dans le cadre de ce contrôle, de substituer son appréciation économique à celle de la Commission »¹⁴.

¹² C.J., 22 décembre 2008, C-487/06 P, *op. cit.*, où, après avoir constaté que le Tribunal avait justifié le caractère limité de son contrôle par le large pouvoir d'appréciation dont jouit la Commission dans l'application de l'article 108, paragraphe 3, TFUE, la Cour a jugé que rien ne justifiait que la Commission dispose, lors d'une décision prise au titre de cette disposition, d'un « large pouvoir d'appréciation » au regard de la qualification d'une mesure comme « aide d'État », qui impliquerait que le contrôle juridictionnel des appréciations de la Commission ne soit pas en principe entier. Voy. également C.J., 21 juin 2012, C-452/10 P, *op. cit.*

¹³ Trib., 13 décembre 2011, *Konsum Nord ekonomisk förening/Commission*, T-244/08, *Rec.*, p. II-444, point 37, Trib., 18 janvier 2012, *Djebel/Commission*, T-422/07, non encore publié au *Rec.*, point 49, et Trib., 28 février 2012, T-282/08, *op. cit.*

¹⁴ Trib., 17 décembre 2008, *Ryanair/Commission*, T-196/04, *Rec.*, p. II-3643, point 41, C.J., 2 septembre 2010, *Commission/Scott*, C-290/07 P, *Rec.*, p. I-7763, point 66, Trib., 17 mai 2011, *Buczek Automotive/Commission*, T-1/08, *Rec.*, p. II-2107, points 83 et s., Trib., 13 décembre 2011, T-244/08, *op. cit.*, point 39,

Cette limitation du contrôle juridictionnel a fait l'objet de critiques en doctrine¹⁵, mais reste fermement affirmée par la jurisprudence.

3. *Sans pour autant laisser une discrétion totale à la Commission*

8. La discrétion de la Commission est cependant loin s'être illimitée. En effet, le juge de l'Union a tenu à préciser que ce contrôle restreint n'impliquait pas qu'il devait s'abstenir de contrôler l'interprétation effectuée par la Commission de données de nature économique.

En particulier, dans le respect des arguments avancés par les parties, « le juge de l'Union doit notamment non seulement vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »¹⁶.

9. De plus, la jurisprudence¹⁷ a rappelé que, lorsque la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de ses fonctions, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique de l'Union dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale et que, parmi ces garanties, figure notamment l'obligation pour la Commission « dans l'intérêt d'une bonne administration des règles relatives aux aides d'État, de procéder à un examen diligent et impartial des éléments dont elle dispose »¹⁸.

Trib., 2 mars 2012, T-29/10 et T-33/10, *Pays-Bas/Commission*, non encore publié au *Rec.*, point 101 et 103, Trib., 28 février 2012, T-282/08, *op. cit.*, point 48, Trib., 11 septembre 2012, *Corsica Ferries/Commission*, T-565/08, *op. cit.*, point 88, C.J., 24 janvier 2013, *Frucona Košice/Commission*, C-73/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 70 et s., C.J., 21 mars 2013, *Commission/Buczek Automotive*, C-405/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 48 et s., Trib., 3 juillet 2013, *MB System/Commission*, T-209/11, non encore publié au *Rec.*, point 38, Trib., 13 septembre 2013, *Poste Italiane/Commission*, T-525/08, *op. cit.*, point 49, et C.J., 24 octobre 2013, *Land Burgenland/Commission*, C-214/12 P, non encore publié au *Rec.*, points 77 à 80.

¹⁵ Voy. notamment M. MEROLA, « Substantive Standard of judicial control in State Aid matters », in M. MEROLA et J. DERENNE (éds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, coll. GCLC Annual Conference Series, n° 2, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 203 et s. Dans ses conclusions dans l'affaire C-222/04, l'avocat général Jacobs avait proposé que les juridictions de l'Union puissent, s'il échet, substituer leur propre appréciation économique à celle de la Commission, quelle que soit la complexité que puisse présenter un tel choix, mais il n'a pas été suivi.

¹⁶ C.J., 2 septembre 2010, C-290/07 P, *op. cit.*, point 65 ; Trib., 17 mai 2011, T-1/08, *op. cit.*, point 83 ; Trib., 2 mars 2012, T-29/10 et T-33/10, *op. cit.*, point 102.

¹⁷ Trib., 11 septembre 2012, *Corsica Ferries c. Commission*, T-565/08, *op. cit.*, point 86.

¹⁸ Trib., 2 mars 2012, T-29/10 et T-33/10, *op. cit.*, points 107 et 108.

B. Application au critère de l'opérateur en économie de marché

10. Nous allons maintenant nous attacher à illustrer la manière dont le juge de l'Union fait application de ces principes lorsqu'il est saisi de recours en annulation à l'encontre de décisions dans lesquelles la Commission apprécie au cas par cas si une mesure satisfait au critère de l'opérateur en économie de marché.

Ce critère implique que la Commission vérifie si l'intervention des pouvoirs publics a été effectuée dans des conditions que n'aurait pas acceptées un opérateur privé agissant dans les conditions normales d'une économie de marché, « abstraction faite de toute considération de caractère social ou de politique régionale ou sectorielle »¹⁹.

11. En général, l'usage de ce critère implique de la part de la Commission une appréciation économique complexe et le juge doit donc s'abstenir de substituer son appréciation économique à celle de la Commission²⁰.

12. Ainsi, s'agissant de l'application du critère de l'opérateur en économie de marché à la vente de terrain, où la Commission doit vérifier « si le prix payé par le présumé bénéficiaire de l'aide correspond au prix qu'un investisseur privé, agissant dans des conditions de concurrence normales, aurait pu fixer »²¹, la Cour a jugé que le Tribunal²² avait méconnu la portée du contrôle juridictionnel, en annulant la décision par laquelle la Commission avait qualifié une vente de terrain d'aide d'État, en raison d'erreurs de méthode et de calcul qu'elle aurait commises dans l'évaluation de la valeur de marché du terrain, sans identifier une erreur manifeste d'appréciation que la Commission aurait commise dans le choix de la méthode ou dans son application.

En l'occurrence, la Commission, saisie en 1996 d'une plainte relative à la vente de terrains par le département du Loiret et la ville d'Orléans à l'entreprise Scott remontant à l'année 1987, avait adopté le 12 juillet 2000 une décision qualifiant la vente de terrain d'aide d'État sous forme de prix préférentiel.

La Cour²³ a souligné qu'en l'espèce, la Commission avait été amenée à évaluer la valeur de marché d'un terrain vendu en 1987, soit treize ans après la réalisation de la vente litigieuse, caractérisée par l'absence tant d'une procédure

¹⁹ C.J., 21 mars 1990, *Belgique/Commission* (Tubemeuse), C-142/87, *Rec.*, p. I-959, formule reprise régulièrement dans la jurisprudence ultérieure.

²⁰ Comme l'a rappelé en dernier C.J., 24 octobre 2013, *Land Burgenland/Commission*, C-214/12 P, non encore publié au *Rec.*, point 78.

²¹ C.J., 2 septembre 2010, C-290/07 P, *op. cit.*

²² Trib., 29 mars 2007, *Scott/Commission*, T-366/00, *Rec.*, p. II-797.

²³ C.J., 2 septembre 2010, C-290/07 P, *op. cit.*

d'offre inconditionnelle que d'une évaluation par un expert indépendant et que, dans ces circonstances particulières, la Commission, pour parvenir à une évaluation de la valeur du terrain, s'était fondée sur les coûts d'acquisition de celui-ci. Elle a estimé que, si le recours à une expertise indépendante est une méthode permettant d'obtenir une évaluation de la valeur de marché d'un terrain, il n'en résulte pas que la Commission aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ayant préféré la méthode des coûts, dès lors qu'il n'est pas démontré que les éléments ainsi ignorés auraient pu conduire à une appréciation différente quant à l'évaluation du montant de l'aide. La Cour en a conclu que le Tribunal n'avait pu identifier une erreur manifeste d'appréciation que la Commission aurait commise dans le choix de la méthode ainsi que dans son application.

13. De même, en ce qui concerne cette fois l'application du critère du créancier privé, la Cour²⁴ a annulé l'arrêt par lequel le Tribunal²⁵ avait jugé que la Commission n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'administration fiscale de la République slovaque ne s'était pas comportée comme un créancier privé en économie de marché en accordant une remise partielle de la dette fiscale de l'entreprise requérante dans le cadre d'une procédure de concordat, alors que cette administration, en sa qualité de créancier privilégié, aurait pu tirer un meilleur profit d'une procédure de liquidation judiciaire ou d'une procédure d'exécution fiscale.

La Cour, ici aussi, a jugé que le Tribunal avait « excédé les limites de son contrôle ». Elle a relevé que le Tribunal avait, dans son examen de la légalité de la décision de la Commission, omis de vérifier si les informations disponibles relatives à la durée d'une liquidation judiciaire pouvaient influencer le processus décisionnel d'un créancier privé et si la Commission avait tenu compte de ces informations. Le Tribunal avait considéré que la Commission avait pu estimer que la durée d'une procédure de liquidation judiciaire n'était pas susceptible d'influencer le processus décisionnel d'un créancier privé, mais cette conclusion ne se rattachait à aucune appréciation figurant dans la décision de la Commission. Ainsi, a souligné la Cour, « afin de rejeter les moyens qu'il examinait, le Tribunal s'est appuyé sur une appréciation de la durée d'une procédure de liquidation judiciaire qui vient à combler une lacune dans la motivation de la décision [attaquée] par des motifs étrangers à celle-ci ».

14. Cependant, l'examen de la jurisprudence montre que contrôle restreint ne signifie pas absence de contrôle.

²⁴ C.J., 24 janvier 2013, *Frucona Košice/Commission*, C-73/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 77 et s.

²⁵ Trib., 7 décembre 2010, *Frucona Košice/Commission*, T-11/07, *Rec.*, p. II-5453.

15. Tout d'abord, le juge de l'Union peut exercer un contrôle sur la décision par laquelle la Commission conclut qu'une intervention déterminée ne doit pas être appréciée à l'aune du critère de l'investisseur privé pour vérifier si elle constitue une aide, comme l'illustrent ces deux affaires.

16. D'abord, dans l'affaire *EDF*, l'État français, actionnaire d'EDF, avait procédé à une augmentation du capital de cette entreprise en renonçant à cette créance fiscale à son égard. La Commission avait considéré qu'EDF avait bénéficié d'un avantage fiscal constituant une aide incompatible avec le marché intérieur. Elle avait refusé d'appliquer le critère de l'investisseur privé à une augmentation de capital réalisée par le biais de la renonciation à une créance fiscale, car une telle renonciation résultait de l'exercice, par l'État, de ses pouvoirs de régulation ou encore de ses prérogatives de puissance publique. Le Tribunal²⁶ a jugé qu'il convenait d'examiner la mesure non en fonction de sa seule forme, mais en fonction de sa nature, de son objet et de ses objectifs, ce qui supposait de la considérer dans l'intégralité de ses aspects, et de prendre en considération le contexte dans lequel elle s'inscrit. Il en déduit que, dans le cas d'espèce, où l'État français était à la fois créancier fiscal de l'entreprise publique EDF et son unique actionnaire, la Commission ne pouvait écarter l'application du critère de l'investisseur au seul motif que l'augmentation de capital d'EDF avait été réalisée par le biais de la renonciation par l'État à une créance fiscale qu'il détenait à l'encontre de celle-ci.

17. Ensuite, dans l'affaire *ING*, le Tribunal a jugé que le critère de l'investisseur privé devait s'appliquer dans l'hypothèse où un État, après avoir décidé de souscrire à un apport en capital émis par une entreprise soumis à certaines conditions de remboursement, accepte de modifier ces conditions. Le Tribunal a rejeté « l'affirmation de la Commission selon laquelle la modification des conditions de remboursement ne pouvait ou ne devait pas être appréciée à l'aune du critère de l'investisseur privé, dès lors que celle-ci, étant accordée peu après l'apport en capital, s'analyserait comme "une mesure supplémentaire en faveur du bénéficiaire d'une aide d'État en cours de restructuration" ». Il a souligné que la Commission ne saurait « se soustraire [...] à son obligation d'examiner la rationalité économique de la modification des conditions de remboursement au regard du critère de l'investisseur privé au seul motif que l'apport en capital faisant l'objet du remboursement constituerait déjà en soi une aide d'État », car « ce n'est qu'à l'issue d'un tel examen que la Commission est capable de conclure ou non à l'octroi d'un avantage supplémentaire ».

²⁶ Trib., 15 décembre 2009, *EDF/Commission*, T-156/04, *Rec.*, p. II-4503. Dans un arrêt du 5 juin 2012 (*Commission c. EDF*, C-124/10 P, non encore publié au *Rec.*), la Cour a rejeté le pourvoi introduit à l'encontre de cet arrêt.

Il en déduit que « la Commission a méconnu la notion d'aide en omettant d'apprécier si, en acceptant la modification des conditions de remboursement, l'État néerlandais a agi comme l'aurait fait un investisseur privé placé dans une situation similaire, notamment en raison du fait que l'État néerlandais pouvait être remboursé de manière anticipée et qu'il bénéficiait à cette occasion d'une plus grande certitude d'être rémunéré de façon satisfaisante compte tenu des conditions de marché existant à ce moment »²⁷.

18. Le juge de l'Union peut aussi contrôler si, pour appliquer le critère de l'opérateur en économie de marché, la Commission a réellement procédé à une comparaison entre le comportement du pouvoir public concerné et celui d'un opérateur en économie de marché de référence.

19. Ainsi, le Tribunal, dans son arrêt précité du 17 mai 2011, a annulé la décision par laquelle la Commission, le 23 octobre 2007, avait considéré que les autorités polonaises, en ne demandant pas la mise en faillite de l'entreprise TB vis-à-vis de laquelle elles avaient des créances importantes et en renonçant par-là à une mise en exécution forcée, alors qu'elles disposaient de solides garanties, avaient accordé une aide à cette entreprise, après avoir vérifié si la Commission avait fait une application correcte du test du créancier privé hypothétique.

Il a commencé par rejeter l'argument de la Commission selon lequel la démonstration de la primauté de la procédure de faillite sur les autres procédures de recouvrement n'était pas nécessaire, dans la mesure où les autorités polonaises n'avaient pas exploité toutes les mesures de recouvrement – y compris la procédure de faillite – alors qu'elles y étaient tenues, en soulignant qu'il n'existe pas d'obligation pour les autorités nationales, cherchant à recouvrer des créances publiques, d'exploiter toutes les méthodes de recouvrement dont elles disposent. Lorsque plusieurs méthodes de recouvrement existent, il est nécessaire de comparer les mérites respectifs des différentes méthodes afin de déterminer celle sur laquelle le choix du créancier privé aurait porté.

Le Tribunal a examiné si les éléments dont la Commission disposait, au moment de l'adoption de la décision attaquée, lui permettaient de conclure qu'un créancier privé hypothétique aurait opté pour une demande de mise en faillite et n'aurait pas poursuivi les procédures légales de recouvrement. Il a constaté à cet égard que les considérants de la décision ne contenaient aucune analyse comparative du produit prévisible de la procédure légale de recouvrement des dettes publiques et de la procédure de faillite et ne se réfèrent à aucune étude ou analyse comparant la durée de la procédure de faillite par

²⁷ Trib., 2 mars 2012, T-29/10 et T-33/10, *op. cit.*

rapport à la procédure légale de recouvrement des dettes publiques. Le Tribunal a conclu que la Commission ne disposait donc pas des éléments matériels lui permettant d'affirmer qu'un créancier privé aurait, à la fin de 2004, opté pour la procédure de faillite.

Dans son arrêt précité du 21 mars 2013, la Cour a rejeté le pourvoi introduit par la Commission à l'encontre de cet arrêt. La Cour souligne que « eu égard aux éléments constitutifs du critère du créancier privé, la Commission ne pouvait valablement parvenir au constat de la supériorité du procédé de mise en faillite par rapport à celui de recouvrement individuel des créances qu'en comparant, en fonction des intérêts d'un créancier privé, les avantages et les désavantages des deux procédures, ainsi que l'a relevé à bon droit le Tribunal ». Elle constate que « la Commission n'a pas procédé à l'analyse des désavantages de la procédure de faillite, notamment les coûts et la durée d'une telle procédure », n'a été « en mesure de produire aucun élément de preuve de nature à conforter l'appréciation qu'elle avait portée dans la décision litigieuse, selon laquelle seule la procédure de faillite permettait un recouvrement efficace des créances en cause », pour conclure que le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que les conditions du critère du créancier privé n'étaient pas réunies en l'espèce.

20. Le Tribunal a encore annulé une décision de la Commission qui avait considéré que la rémunération accordée par le Trésor à la *Poste Italiane* pour les dépôts des fonds provenant des comptes courants postaux constituait une aide au motif que cette rémunération était supérieure à celle qu'aurait proposée un emprunteur privé dans le contexte d'une économie de marché pour les sommes déposées.

Le Tribunal a commencé par rappeler que « afin d'apprécier l'existence pour l'entreprise bénéficiaire d'un avantage qu'elle n'aurait pas pu obtenir dans des conditions de marché, la Commission est tenue de faire une analyse complète de tous les éléments pertinents de l'intervention étatique litigieuse et de son contexte, y compris de la situation de l'entreprise bénéficiaire et de l'emprunteur privé concerné » et que « lorsque une intervention étatique entraîne des conséquences diverses pour une entreprise, la Commission doit prendre en compte l'effet cumulatif de ces conséquences afin d'examiner l'existence d'un éventuel avantage conféré à l'entreprise bénéficiaire ».

Le Tribunal a alors relevé que, « en l'espèce, l'intervention étatique qui, selon la Commission, aurait pu conférer un avantage à la requérante, à savoir la fixation du taux de la convention, ne peut pas être dissociée de l'imposition impartie par l'État à la requérante de l'obligation d'utilisation », de sorte qu'en réalité, il s'agit « d'une seule intervention étatique consistant, à la fois, à rémunérer le

dépôt des fonds provenant des comptes courants postaux auprès du Trésor et, au préalable et à titre principal, à obliger la requérante à effectuer ce dépôt ».

Par conséquent, a souligné le Tribunal, « la Commission ne pouvait pas conclure à l'existence d'une aide d'État en faveur de la requérante sans démontrer activement que, dans l'hypothèse où celle-ci n'était plus soumise à une obligation d'utilisation, elle n'aurait pas pu obtenir raisonnablement sur le marché un taux supérieur à celui prévu par la convention à partir d'une gestion prudente des fonds couverts par cette obligation ».

Le Tribunal a conclu que la Commission avait commis une erreur manifeste d'appréciation en concluant « à l'existence d'une aide d'État à partir du simple constat d'un écart positif entre le taux de la convention et le taux de l'emprunteur privé ».

21. Le juge peut encore vérifier si les termes de la comparaison effectuée pour vérifier si le critère de l'opérateur en économie de marché est respecté sont bien adéquats.

22. Ainsi, le Tribunal a souligné que la Commission ne pouvait, pour retenir la présence d'une aide dans la vente d'un terrain, se borner à relever qu'un concurrent, Lidl, a proposé un prix nettement supérieur pour ce terrain, sans tenir compte des autres circonstances particulières de l'espèce. Pour la Commission, l'offre de Lidl constituait le meilleur indicateur possible pour la valeur du terrain étant donné qu'elle reflétait quel prix le marché était disposé à payer pour ce terrain, ajoutant que, même en présence de l'évaluation d'un expert réalisée conformément à la communication de 1997, elle aurait accordé priorité à l'offre de Lidl pour établir la valeur de marché du terrain en cause.

Le Tribunal a constaté qu'il résultait des éléments du dossier que la vente du terrain en cause s'inscrivait dans un ensemble d'opérations liées, visant la mise en œuvre du plan-cadre et du plan détaillé de développement de la commune d'Åre. Il a souligné que la Commission aurait dû comparer le prix de vente du terrain en cause à celui qu'un vendeur privé hypothétique se trouvant, dans la mesure du possible, dans la même situation que la commune d'Åre aurait exigé pour cette opération. Or, compte tenu du lien entre les opérations immobilières, le plan détaillé de développement de la commune d'Åre n'aurait pas pu être mis en œuvre si le terrain en cause avait été vendu à Lidl et que ces éléments de contexte devaient être pris en considération aux fins de l'appréciation de l'existence ou non d'une aide d'État en l'espèce. Dès lors, le prix proposé par Lidl ne pouvait pas être considéré de façon indépendante, car l'offre de Lidl n'était pas, en tant que telle, compte tenu de ces circonstances, comparable au prix résultant du contrat de vente du terrain en cause conclu entre la commune d'Åre et la requérante.

Le Tribunal a conclu que « en considérant que l'offre de Lidl était directement comparable au prix de vente effectif du terrain en cause, que cette offre devait avoir la priorité comme établissant une valeur de marché réelle et que la valeur de marché dudit terrain devait être fixée exclusivement par référence à l'offre de Lidl, sans prendre en considération les autres circonstances particulières de l'espèce exposées par les autorités suédoises, la Commission a commis une erreur d'appréciation ».

23. En revanche, le Tribunal a jugé que le prix du marché d'une entreprise, qui est généralement fonction du jeu de l'offre et de la demande, correspond au prix le plus élevé qu'un investisseur privé agissant dans des conditions normales de concurrence serait prêt à payer pour cette société dans la situation où elle se trouve » ajoutant que, lorsqu'« une autorité publique envisage de vendre une entreprise lui appartenant et qu'elle a recours, pour ce faire, à une procédure d'appel d'offres ouverte, transparente et inconditionnelle, il peut être donc présumé que le prix du marché correspond à l'offre la plus élevée, étant entendu qu'il doit être établi, premièrement, que cette offre a valeur d'engagement et qu'elle est crédible et, deuxièmement, que la prise en compte de facteurs économiques autres que le prix n'est pas justifiée, tels que les risques hors bilan existant entre les offres ».

Il en a déduit que la Commission n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas compte de certaines expertises indépendantes, car le recours à de telles expertises n'a de sens « que dans l'hypothèse où aucune procédure d'appel d'offres en vue de la vente de celle-ci n'aurait été suivie ou, éventuellement, dans l'hypothèse où il aurait été conclu que la procédure d'appel d'offres mise en place n'aurait pas été ouverte, transparente et inconditionnelle ».

24. Le juge peut enfin sanctionner l'insuffisance des éléments de preuve avancés par la Commission dans l'application du critère de l'opérateur en économie de marché.

25. C'est ce que montre l'affaire *Corsica Ferries*, dans laquelle la Commission, amenée à apprécier la vente de la SNCM à un prix négatif au regard du critère de l'opérateur en économie de marché, avait pris en compte dans le calcul des coûts de liquidation le coût d'« indemnités complémentaires de licenciement allant au-delà des strictes obligations légales et conventionnelles ».

La Commission avait estimé que le versement de telles indemnités était devenu « une obligation de fait pour les grands groupes d'aujourd'hui en cas de liquidation d'une filiale ou de fermeture d'un site » et était en l'espèce particulièrement nécessaire « au vu des troubles sociaux récurrents au sein de la

SNCM », pour « protéger l'image de marque » de la Compagnie générale maritime et financière et de l'État français, son unique actionnaire.

Le Tribunal²⁸ a reconnu que « tant le contenu des législations sociales nationales que la pratique des relations sociales au sein des grands groupes d'entreprises évoluent dans le temps et divergent au sein de l'Union », et que le contrôle des aides d'État doit refléter « l'évolution de ces usages ». Il a admis que « le versement par un investisseur privé d'indemnités complémentaires de licenciement est, en principe, susceptible de constituer une pratique légitime et opportune, selon les circonstances de l'espèce, dans le but de favoriser un dialogue social apaisé et maintenir l'image de marque d'une société ou d'un groupe de sociétés » et que donc, en vertu du principe d'égalité de traitement, « la faculté de verser des indemnités complémentaires de licenciement est aussi ouverte aux États membres en cas de liquidation d'une entreprise publique ». Mais il a ajouté que « la prise en charge de ces coûts additionnels, en raison de préoccupations légitimes, ne saurait poursuivre un but exclusivement social, voire politique, sous peine de sortir du cadre du test de l'investisseur privé » et que « la protection de l'image de marque d'un État membre en tant qu'investisseur global dans l'économie de marché ne saurait constituer, hors de circonstances particulières et sans une motivation particulièrement convaincante, une justification suffisante pour démontrer la rationalité économique à long terme » de la prise en charge d'indemnités complémentaires de licenciements. Il a enfin souligné que la Commission doit nécessairement, pour apprécier la rationalité économique du comportement d'un État, « définir avec suffisamment de précision les activités économiques concernées, notamment au niveau géographique et sectoriel ».

Faisant application de ces principes à la décision de la Commission, le Tribunal a constaté que celle-ci « est restée en défaut de définir, à suffisance de droit, les activités économiques de l'État français par rapport auxquelles il convenait d'apprécier la rationalité économique des mesures en cause » ; qu'elle « n'a pas avancé suffisamment d'éléments objectifs et vérifiables à même de démontrer que le versement d'indemnités complémentaires de licenciement, dans des circonstances similaires, serait une pratique établie parmi les entrepreneurs privés » ni que « le comportement de l'État français aurait été motivé [...], par une probabilité raisonnable d'en tirer un profit matériel indirect, même à long terme ». Il a conclu qu'en l'espèce, la Commission n'avait « pas apporté d'élément permettant de démontrer, à suffisance de droit, en quoi l'inclusion du coût considérable des indemnités complémentaires de licenciement, qui, par

²⁸ Trib., 11 septembre 2012, T-565/08, *op. cit.*, points 87 et s.

ailleurs, peuvent atteindre jusqu'à dix fois le montant des seules obligations légales et conventionnelles » et qu'elle avait donc commis une erreur manifeste d'appréciation.

Cet arrêt est donc sans concession sur l'insuffisance des éléments de preuve avancés par la Commission.

II. – L'application des dérogations à l'incompatibilité avec le marché intérieur

26. L'interdiction de principe des aides d'État n'est ni absolue ni inconditionnelle, dans la mesure où l'article 107 TFUE a assorti celle-ci de larges exceptions, qui font l'objet des paragraphes 2 et 3 de cette disposition.

27. Le deuxième paragraphe vise des aides qui sont compatibles de droit avec le marché intérieur²⁹ à condition qu'elles remplissent certains critères objectifs. La Commission est tenue de déclarer de telles aides compatibles avec le marché intérieur, dès lors que ces critères sont remplis. Le contrôle que le juge peut exercer vis-à-vis de la mise en œuvre de ces dérogations est donc en principe un contrôle entier.

28. Ainsi, dans un arrêt du 25 juin 2008³⁰, le Tribunal a annulé la décision de la Commission du 26 avril 2006 relative à l'aide accordée par les autorités grecques à une compagnie aérienne suite aux attentats du 11 septembre 2001. Il a commencé par rappeler que l'article 108, paragraphe 2, sous b), TFUE autorise seulement la compensation des désavantages économiques causés directement par des calamités naturelles ou d'autres événements extraordinaires de sorte qu'un lien direct entre les dommages causés par l'événement extraordinaire et l'aide étatique doit exister et qu'une évaluation aussi précise que possible des dommages subis est nécessaire.

Le Tribunal a alors constaté que, dans sa décision, la Commission avait exclu de l'indemnisation tous les vols postérieurs au 14 septembre 2001, conformément à sa communication du 10 octobre 2001 sur les conséquences pour l'industrie du transport aérien après les attentats aux États-Unis.

²⁹ À savoir « a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits ; b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires ; c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la République fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division ».

³⁰ Trib., 25 juin 2008, *Olympiaki Aeroporía Ypiresies/Commission*, T-268/06, *Rec.*, p. II-1091.

Le Tribunal a estimé que, dans le contexte des dérogations du paragraphe 2, une aide, si elle remplit les conditions qu'il vient de rappeler, doit être déclarée compatible avec le marché commun, même si la Commission a adopté une position différente dans le cadre d'une communication antérieure concernant la mesure en question et par conséquent, la seule condition à vérifier est celle du lien direct avec l'événement extraordinaire. Or, selon le Tribunal, l'existence d'un tel lien direct ne présuppose pas leur simultanéité et la possibilité de reconnaître l'existence d'un tel lien même si le dommage est né peu de temps après l'événement ne saurait être exclue de façon générale.

Le Tribunal a donc vérifié si c'était à bon droit que la Commission a exclu de l'indemnisation l'annulation de deux vols initialement prévus les 15 et 16 septembre 2001³¹.

29. La situation est très différente pour l'application des dérogations établies par le paragraphe 3³². En effet, depuis le célèbre arrêt *Philips Morris*³³, le principe répété inlassablement par la jurisprudence est que, pour la mise en œuvre de l'article 107, paragraphe 3, TFUE, la Commission jouit d'un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice implique des évaluations complexes d'ordre économique et social.

Dès lors, comme le juge de l'Union ne peut substituer son appréciation en fait, notamment sur le plan économique, à celle de la Commission, son contrôle doit se limiter à la vérification des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits, ainsi que de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir³⁴.

30. La jurisprudence a aussi reconnu de manière constante que la Commission peut se fixer des orientations pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation dans des « lignes directrices » ou « encadrements », qui énoncent

³¹ Le Tribunal arrive à la conclusion qu'en tout cas s'agissant du vol du 15 septembre, il avait été annulé parce que l'aéronef qui devait l'effectuer avait été contraint par les autorités canadiennes de demeurer à Halifax du 11 au 15 septembre 2001 donc pour des raisons directement liées aux attentats du 11 septembre.

³² Sont visées ici quatre catégories d'aides : « a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi ; b) les aides destinées à promouvoir un projet important d'intérêt européen ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ; c) les aides destinées à favoriser le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun ».

³³ C.J., 17 septembre 1980, *Philips Morris*, 730/79, *Rec.*, p. 2671.

³⁴ C.J., 11 septembre 2008, *Allemagne/Kronofrance*, C-75/05 P et C-80/05 P, *Rec.*, p. I-6619, point 59, Trib., 10 juillet 2012, *Smurfit Kappa Group/Commission*, T-304/08, non encore publié au *Rec.*, point 83, et Trib., 13 septembre 2013, *Fri-El Acerra/Commission*, T-551/10, non encore publié au *Rec.*, point 25.

une règle de conduite indicative de la pratique qu'elle entend suivre dans l'examen des cas qui lui sont soumis. Cette légitimité leur est reconnue « dans la mesure où elles ne s'écartent pas des normes du traité et où elles sont acceptées par les États membres ».

31. En adoptant ainsi des règles de conduite et en annonçant, par leur publication, qu'elle les appliquera dorénavant aux cas concernés par celles-ci, la Commission s'autolimité dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation et elle ne saurait se départir de ces règles « dans un cas particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec les principes d'égalité de traitement et de protection de la confiance légitime »³⁵.

Ainsi, « dans le domaine spécifique des aides d'État, la Commission est tenue par les règles qu'elle adopte, dans la mesure où elles ne s'écartent pas des normes du traité et où elles sont acceptées par les États membres ».

32. Le juge de l'Union peut donc contrôler si la Commission, dans une décision particulière, s'est conformée aux lignes de conduite qu'elle s'est fixées, sans outrepasser « le niveau de contrôle qui lui est reconnu par la jurisprudence dans un domaine donnant lieu à des appréciations économiques et sociales complexes de la part de la Commission »³⁶.

33. C'est ainsi que, sur la base des lignes directrices sur les aides à la restructuration des aides aux entreprises en difficulté, le Tribunal³⁷ a annulé la décision par laquelle la Commission a autorisé l'aide des autorités françaises à la restructuration de l'entreprise FagorBrandt, après avoir accepté de considérer comme mesure compensatoire la cession d'une filiale Brandt Components, en 2004 et pris acte d'une mesure complémentaire proposée par les autorités françaises, à savoir « l'arrêt, pendant une durée de cinq ans, de la commercialisation des produits du froid et de cuisson ainsi que des lave-vaisselle sous la marque Vedette ».

Le Tribunal a rappelé qu'aux termes des lignes directrices sur les aides à la restructuration des entreprises en difficulté, les mesures compensatoires destinées à « limiter les effets négatifs de l'octroi d'une aide à la restructuration sur la concurrence et sur les échanges » doivent être « adéquates au sens où elles ne doivent pas entraîner une détérioration de la structure du marché » ; être « proportionnées aux effets de distorsion causés par l'aide » ; porter « sur le ou les marchés sur lesquels l'entreprise en cause détiendra une position importante

³⁵ Voy. en dernier lieu Trib., 13 septembre 2013, T-551/10, *op. cit.*, points 27 et 28.

³⁶ C.J., 11 septembre 2008, C-75/05 P et C-80/05 P, *op. cit.*, point 64, et Trib., 13 septembre 2013, T-551/10, *op. cit.*, point 26.

³⁷ Trib., 14 février 2012, *Electrolux/Commission*, T-115/09 et T-116/09, non encore publié au *Rec.*

après la restructuration » ; « faire partie intégrante du plan de restructuration », qu'elles interviennent avant ou après la mesure d'aide et ne pas « consister en de simples radiations comptables ou fermetures d'activités déficitaires dès lors qu'elles n'entraîneraient alors pas une réduction de la capacité ou de la présence sur le marché de l'entreprise en cause ».

Il a examiné ensuite, à la lumière de ces principes, si la Commission avait pu considérer la cession de la filiale Brandt Components comme une mesure compensatoire. Il a relevé en premier lieu que cette cession avait eu lieu en 2004 et que l'aide à la restructuration de FagorBrandt n'avait été notifiée à la Commission par les autorités françaises qu'en 2007, de sorte que cette mesure, même si elle était considérée par ces autorités comme faisant « partie intégrante du plan de restructuration » lié à l'aide « ne pouvait avoir pour effet, d'atténuer les distorsions de concurrence que générerait l'octroi de l'aide envisagée » dans la notification. Ensuite, il a souligné que cette cession, si elle « a eu pour effet de réduire la présence de FagorBrandt sur le marché des composants pour machines à laver », n'a en revanche eu, de l'avis de toutes les parties, aucun effet réel sur le marché des lave-linge ni sur celui du gros électroménager.

Le Tribunal a conclu que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la cession de Brandt Components constituait une mesure compensatoire.

Il a alors examiné « les conséquences d'une telle erreur sur le bien-fondé de l'analyse de la Commission selon laquelle les mesures compensatoires adoptées en l'espèce permettaient de réduire les effets négatifs sur la concurrence résultant de l'octroi de l'aide en cause ». À cet égard, il a estimé que, dans la mesure où il est établi que « la cession de Brandt Components n'avait aucun effet réel sur le principal marché sur lequel FagorBrandt opérait, la conclusion de la Commission selon laquelle, en substance, le cumul de cette mesure compensatoire avec celle consistant en l'arrêt de la commercialisation de certains de ces produits pendant cinq ans sous la marque Vedette permettait de limiter de manière proportionnée les effets négatifs sur la concurrence générés par l'octroi de l'aide en cause est nécessairement erronée » et qu'il ne lui appartenait pas « de se substituer à la Commission en procédant à un examen de la question de savoir si cette dernière mesure compensatoire était à elle seule suffisante pour limiter les effets négatifs sur la concurrence résultant de l'octroi de l'aide en cause et en supputant les conclusions que la Commission aurait dû tirer dudit examen ».

34. Lorsque le juge est appelé à interpréter ces lignes de conduite, il ne peut le faire dans un sens qui réduise la portée des articles 107 et 108 TFUE ou qui contrevienne aux objectifs visés par ceux-ci.

35. Ainsi, la Cour, dans son arrêt précité du 11 septembre 2008, a estimé que c'était à bon droit que le Tribunal avait jugé qu'il devait interpréter l'encadrement multisectoriel des aides à finalité régionale en faveur de grands projets d'investissement de 1998, face à une certaine ambiguïté du texte de cet encadrement, « à la lumière des principes posés aux articles 87 CE et 88 CE ainsi que de l'objectif de prévention des effets de distorsion produits par les aides »³⁸. La question était de savoir cet encadrement devait être interprété en ce sens que l'application du coefficient correcteur le plus élevé, lequel maximalise le montant de l'aide pouvant être déclarée compatible avec le marché intérieur, impliquait le constat préalable de l'absence à la fois de surcapacités structurelles du secteur en cause et d'un marché en déclin. Pour la Cour, cette interprétation est la seule de nature à permettre d'atteindre l'objectif du traité en matière d'aide d'État, à savoir celui d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur.

36. De même, dans un arrêt du 10 juillet 2012³⁹, le Tribunal a annulé une décision de la Commission relative à une aide régionale en lui reprochant d'avoir retenu une interprétation des lignes directrices régionales qui la prive de son nécessaire pouvoir d'appréciation. La Commission avait déclaré compatible avec le marché intérieur une aide régionale, sans ouvrir la procédure formelle d'examen. Elle s'était fondée sur les lignes directrices concernant les aides d'État à finalité régionale pour la période 2007-2013 en considérant que le respect des seuils de parts de marché et d'augmentation des capacités de production fixés à l'article 68 des lignes directrices sur les aides à finalité régionale garantissait « que les distorsions de concurrence prévisibles n'excèdent pas les avantages escomptés » et qu'« il existe une contribution suffisante à l'objectif de développement régional ».

Le Tribunal a jugé que cette dernière s'est méprise sur la portée de cet article qui « a pour seul effet de contraindre la Commission à ouvrir la procédure formelle d'examen en cas de dépassement de ces seuils, mais nullement celui de l'empêcher de le faire dans les cas dans lesquels les seuils en question ne sont pas atteints », et qu'à la suite de cette erreur, elle n'avait pas exercé la plénitude de son pouvoir d'appréciation de la compatibilité de l'aide en cause avec le marché commun, ainsi qu'elle y est tenue ».

³⁸ C.J., 11 septembre 2008, C-75/05 P et C-80/05 P, *op. cit.*, point 68.

³⁹ Trib., 10 juillet 2012, *Smurfit Kappa Group/Commission*, T-304/08, non encore publié au *Rec.* En conséquence, le Tribunal annule la décision de la Commission car elle n'a pas ouvert la procédure formelle d'examen alors qu'elle « s'est pas mise en mesure de surmonter tout doute quant à la compatibilité de l'aide en cause avec le marché commun ».

37. Enfin, le large pouvoir d'appréciation conféré à la Commission pour l'application de l'article 107, paragraphe 3, TFUE ne lui permet pas d'autoriser les États membres à déroger à des dispositions de droit de l'Union autres que celles relatives à l'application de l'article 107 TFUE.

38. C'est ainsi que le Tribunal a annulé une décision de la Commission déclarant compatible avec le marché intérieur l'exemption d'une taxe environnementale (taxe sur les granulats) accordée en Irlande du Nord, dont il était allégué qu'elle avait pour effet d'engendrer une discrimination fiscale. Il a relevé que la Commission avait examiné l'aide au regard de l'encadrement sur les aides à l'environnement, mais n'avait absolument pas abordé la question de la prétendue discrimination fiscale, alors qu'il résulte du dossier que le régime d'exemption a pour conséquence que les granulats vierges extraits en Irlande du Nord par des producteurs ayant conclu un accord environnemental bénéficiant d'un taux plus favorable que les produits identiques importés d'Irlande qui sont taxés au taux plein, que les producteurs de granulats établis en Irlande ne peuvent, selon la législation du Royaume-Uni, souscrire un accord environnemental et qu'ils ne disposent d'aucun autre moyen de bénéficier du régime d'exemption⁴⁰.

III. – Respect de l'obligation de motivation

39. L'exigence de motivation est d'autant plus importante que, comme nous venons de le voir, la Commission dispose dans le domaine du contrôle des aides d'État d'un large pouvoir d'appréciation. D'ailleurs, d'une manière systématique, les juridictions de l'Union rappellent que, même dans le cadre d'un contrôle restreint, il leur appartient de vérifier le respect des règles de motivation.

40. Conformément à une jurisprudence constante, la motivation d'une décision exigée par l'article 296 TFUE « doit être adaptée à l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle » et « l'exigence de motivation doit être appréciée en fonction

⁴⁰ Trib., 9 septembre 2010, *British Aggregates Association/Commission*, T-359/04, *Rec.*, 2010, p. II-3329. Le recours était fondé sur l'absence d'ouverture de la procédure formelle d'examen, alors que la Commission n'était pas en mesure, en raison de cette discrimination fiscale, de surmonter toutes les difficultés suscitées par l'examen de la compatibilité de l'aide

des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées personnellement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications »⁴¹.

41. Ainsi, même si la Commission n'est pas obligée de discuter tous les points de fait et de droit invoqués par les parties intéressées au cours de la procédure administrative dans la motivation des décisions qu'elle est amenée à prendre, il n'en reste pas moins qu'elle est tenue, en vertu de l'article 296 TFUE, de mentionner, à tout le moins, les faits et les considérations revêtant une importance essentielle dans l'économie de sa décision, permettant ainsi au juge de l'Union et aux parties intéressées de connaître les conditions dans lesquelles elle a fait application du traité ainsi que d'exposer de manière suffisante les raisons pour lesquelles les éléments essentiels de l'argumentation d'une telle partie ne peuvent pas être retenus⁴².

Cette obligation est particulièrement importante lorsque la Commission est amenée à se prononcer sur des questions qu'elle aborde pour la première fois⁴³. Enfin, selon la jurisprudence, la motivation d'une décision doit figurer dans le corps même de celle-ci et des explications postérieures fournies par la Commission ne sauraient, sauf circonstances exceptionnelles, être prises en compte⁴⁴.

42. Par application de ces principes, le Tribunal⁴⁵ a annulé pour défaut de motivation une décision de la Commission concluant à l'existence d'une aide dans le taux d'intérêt d'un prêt accordé par les autorités allemandes à trois entreprises en difficulté. La Commission avait utilisé un taux de référence, associé à des majorations forfaitaires en raison de la situation difficile des entreprises en cause et de l'absence de sûretés ou de leur faiblesse.

Le Tribunal a estimé que « le rapport entre les majorations retenues par la Commission et la situation spécifique des trois sociétés en cause n'[apparaissait] pas clairement et que le choix des majorations retenues [avait], à tout le moins en apparence, un caractère aléatoire ». Il ajoute que la Commission aurait dû « expliquer le recours à des primes supplémentaires, ainsi que leur niveau, par le biais d'une analyse de la pratique sur le marché ».

⁴¹ C.J. (ord.), 21 janvier 2010, *Iride et Iride Energia/Commission*, C-150/09, *Rec.*, p. I-5, points 21 et s.

⁴² Trib., 18 décembre 2008, T-455/05, *op. cit.*, point 100.

⁴³ Trib., 27 septembre 2012, *France/Commission*, T-139/09, non encore publié au *Rec.*, et Trib., *Fedecom/Commission*, T-243/09, non encore publié au *Rec.*, points 41 et 46. Le Tribunal a jugé qu'en l'espèce, la motivation de la décision de la Commission répondait à ces critères.

⁴⁴ Trib., 18 décembre 2008, T-455/05, *op. cit.*

⁴⁵ Trib., 3 mars 2010, *Freistaat Sachsen/Commission*, T-102/07 et T-120/07, *Rec.*, p. II-585.

La Commission a adopté une nouvelle décision⁴⁶ dans laquelle, sans rien changer à son appréciation des mesures, la Commission explique qu'elle se réfère à sa communication sur les taux de référence de 2008, qui intègre les enseignements d'une étude commandée par la direction générale de la concurrence, qui proposait d'appliquer différentes majorations au taux de base en fonction de la solvabilité de l'entreprise et des sûretés offertes. Elle explicite ensuite de manière détaillée comment elle applique ces critères au cas spécifiques de chacune des entreprises concernées. Dans son arrêt précité du 3 juillet 2013, le Tribunal a rejeté le nouveau recours introduit à l'encontre de cette décision, mais sans revenir sur la question de la motivation de la décision⁴⁷.

43. Les exigences en termes de motivation reçoivent cependant une application particulièrement atténuée dans l'hypothèse où la Commission doit justifier la distorsion de concurrence et l'affectation des échanges entre États membres d'une aide.

Les juridictions de l'Union considèrent certes que, « même dans les cas où il ressort des circonstances dans lesquelles l'aide a été accordée qu'elle est de nature à affecter les échanges entre États membres et à fausser ou à menacer de fausser la concurrence, il incombe tout au moins à la Commission d'évoquer ces circonstances dans les motifs de sa décision »⁴⁸.

Mais elles ajoutent que la Commission n'est pas tenue d'établir une incidence réelle des aides sur les échanges entre États membres et une distorsion effective de la concurrence⁴⁹ et peut se borner à examiner si ces aides sont susceptibles d'affecter ces échanges et de fausser la concurrence sans devoir « procéder à une analyse économique de la situation réelle des marchés concernés, de la part de marché des entreprises bénéficiaires des aides, de la position des entreprises concurrentes et des courants d'échanges entre États membres »⁵⁰.

Ainsi, le Tribunal a jugé, s'agissant d'une compensation d'un montant surestimé accordée à une entreprise exerçant des activités d'assistance au sol, de maintenance et de réparation d'avions, que la Commission avait établi à

⁴⁶ Décision 2011/471/UE du 14 décembre 2010, concernant l'aide d'État de l'Allemagne en faveur du groupe Biria.

⁴⁷ Dans cet arrêt, le Tribunal a jugé que la Commission n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation en qualifiant l'entreprise concernée d'entreprise en difficulté.

⁴⁸ Trib., 17 mai 2011, T-1/08, *op. cit.*, qui relève qu'en l'espèce, s'agissant de l'affectation des échanges entre les États membres et de la distorsion ou de la menace de distorsion de concurrence, la décision attaquée « ne contient aucun exposé, même succinct, des faits et considérations juridiques pris en compte dans l'appréciation de ces conditions » (point 105). Voy. également Trib., 27 septembre 2012, *Italie/Commission*, T-257/10, non encore publié au *Rec.*, point 77.

⁴⁹ Trib., 4 mars 2009, *Italie/Commission*, T-424/05, *Rec.*, p. II-23, et Trib., 27 septembre 2012, T-257/10, *op. cit.*, point 77.

⁵⁰ Trib., 6 septembre 2006, *Italie et Wam/Commission*, T-304/04 et T-316/04, *Rec.*, p. II-64.

suffisance une distorsion de concurrence justifiant la qualification d'aide d'État en relevant que la mesure avait renforcé la position de l'entreprise bénéficiaire par rapport à d'autres entreprises, ajoutant que, dès le moment où le marché des services d'assistance au sol avait été libéralisé, cette aide était susceptible de fausser la concurrence avec d'autres entreprises de l'Union et donc d'affecter les échanges entre États membres⁵¹.

44. Les juridictions de l'Union ont rappelé, en droite ligne d'une jurisprudence constante, que tel était tout particulièrement le cas dans deux situations.

La première est l'hypothèse où la Commission doit se prononcer sur une aide illégale (c'est-à-dire d'une aide n'ayant pas été notifiée ou ayant été mise en application en violation de l'obligation de *standstill*), car, dans cas, obliger la Commission à démontrer l'effet réel de la mesure en cause reviendrait à vider de sa substance les obligations de notification et de *standstill* à la charge des États membres⁵².

La seconde vise les programmes généraux d'aides : lors de leur examen, la Commission peut se borner à étudier les caractéristiques du programme en cause pour apprécier, dans les motifs de la décision, si, en raison des modalités que ce programme prévoit, celui-ci assure un avantage sensible aux bénéficiaires par rapport à leurs concurrents et est de nature à profiter essentiellement à des entreprises qui participent aux échanges entre États membres et que la Commission, dans une décision qui porte sur un tel programme, n'est pas tenue d'effectuer une analyse de l'aide octroyée dans chaque cas individuel sur le fondement d'un tel régime⁵³.

45. Toutefois, à propos d'aides visant à financer, par le biais de prêts à taux réduits, des dépenses de pénétration commerciale dans des pays tiers, relatives à l'établissement de structures permanentes ou au support promotionnel, la Cour⁵⁴ estimé que, eu égard au fait que « les aides litigieuses vis[ai]ent à financer, au moyen de prêts à taux réduits, des dépenses de pénétration commerciale dans des États tiers, relatives à l'établissement de structures permanentes ou au support promotionnel, et que leur équivalent subvention (était) d'un montant relativement faible », le seul fait que l'entreprise bénéficiaire participait aux échanges entre États membres ne suffisait pas à établir que l'aide est susceptible d'affecter les échanges entre États membres et de fausser ou de

⁵¹ Trib., 13 septembre 2010, *Grèce/Commission*, T-415/05, T-416/05 et T-423/05, *Rec.*, p. II-3533.

⁵² Trib., 4 mars 2010, *op. cit.*

⁵³ C.J., 9 juin 2011, *Comitato « Venezia vuole vivere »/Commission*, C-71/09 P, C-73/09 P et C-76/09 P, *Rec.*, p. 4727.

⁵⁴ C.J., 30 avril 2009, *Commission/Italie et Wam*, C-494/06 P, *Rec.*, p. 3639, rejetant le pourvoi introduit à l'encontre de Trib., 6 septembre 2006, T-304/04 et T-316/04, *Italie et Wam/Commission*, *op. cit.*

menacer de fausser la concurrence. En effet, a souligné la Cour, l'incidence de telles aides sur les échanges et la concurrence intracommunautaire était moins immédiate et plus perceptible, « ce qui nécessitait que la Commission motive sa décision de manière plus approfondie ».

À la suite de cette annulation, la Commission a adopté une nouvelle décision⁵⁵ justifiant l'affectation des échanges et de la concurrence de la manière suivante : l'entreprise WAM opère dans l'Union européenne et sur les marchés internationaux, possède des filiales dans de nombreux États membres et commercialise sa production dans toute l'Union européenne et au-delà ; durant la période concernée par l'aide, elle tirait les deux tiers de son chiffre d'affaires, lequel atteignait 10 millions d'EUR en valeur absolue, de ses ventes dans l'Union européenne contre un tiers pour ses ventes hors Union ; elle détenait une part conséquente de son marché national et du marché européen ; elle comptait cependant plusieurs concurrents sur ces marchés et enfin, grâce aux aides qu'elle a reçues, elle a renforcé ou a été en mesure de renforcer sa position générale sur le marché par rapport à ses concurrents.

Par son arrêt précité du 27 septembre 2012, le Tribunal a jugé que la Commission avait, dans sa nouvelle décision, dûment tenu compte des critiques émises par le Tribunal et la Cour et qu'elle avait exposé « à suffisance de droit, les raisons pour lesquelles elle considérait que ces mesures entraient dans le champ d'application de cette disposition » et en particulier apporté les motifs nécessaires pour étayer sa position selon laquelle les aides en cause affectaient des échanges entre États membres et faussaient ou menaçaient de fausser la concurrence. La Cour, dans un arrêt du 7 novembre 2013⁵⁶, a rejeté le pourvoi introduit contre cet arrêt, sans toutefois revenir sur la question de la motivation de la décision.

Conclusion

46. Le contrôle du juge de l'Union en matière d'aides d'État est un contrôle de légalité et non un contrôle de l'appréciation économique des faits. Dès lors, si ce contrôle est en principe entier s'agissant de la qualification d'une mesure

⁵⁵ Décision 2010/474/UE de la Commission du 24 mars 2010 concernant l'aide d'État mise à exécution par l'Italie en faveur de WAM SpA, *J.O.* L 235 du 4 septembre 2010, p. 26.

⁵⁶ C.J., 7 novembre 2013, *Italie/Commission*, C-587/12 P, non encore publié au *Rec.* La cour juge le pourvoi irrecevable au motif que « sans comporter une argumentation visant spécifiquement à identifier l'erreur de droit dont serait entaché l'arrêt attaqué [il] se limite à répéter ou à reproduire les moyens et les arguments qui ont déjà été présentés devant le Tribunal ».

en tant qu'aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, ou l'application d'une des dérogations visées au paragraphe 2 de cette disposition, il devient un contrôle restreint chaque fois qu'il porte sur des appréciations économiques faites par la Commission, ce qui est le cas lorsque la Commission doit vérifier au cas par cas le respect du critère de l'opérateur en économie de marché ou se prononcer sur la mise en œuvre d'une des dérogations visée à l'article 107, paragraphe 3. Ce contrôle restreint n'implique cependant pas que juge de l'Union doive s'abstenir de contrôler l'interprétation effectuée par la Commission de données de nature économique. Les exemples jurisprudentiels évoqués dans le cadre de la présente contribution démontrent que, tout en restant strictement dans le cadre d'un contrôle de légalité, le juge n'hésite pas à analyser de manière fouillée les décisions de la Commission pour vérifier si les éléments de fait qui servent d'appui à celles-ci « constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées ».

Face au pouvoir discrétionnaire reconnu à la Commission, l'obligation de motivation revêt une importance toute particulière. Mais les juridictions de l'Union donnent une interprétation assez atténuée de cette obligation, spécialement pour ce qui concerne l'examen de la question de savoir si une aide affecte la concurrence et les échanges.

CHAPITRE 7. LE CONTENTIEUX RÉCENT EN MATIÈRE DE DÉFENSE COMMERCIALE DEVANT LE JUGE DE L'UNION EUROPÉENNE

Alexandre THILLIER¹

Introduction

Le contentieux devant le juge de l'Union européenne relatif aux mesures de défense commerciale est un sujet important, notamment parce que ces mesures ont une incidence économique non négligeable sur le commerce des produits importés. L'analyse de l'activité contentieuse récente en la matière permet de mieux circonscrire la place qu'occupe ce contentieux aujourd'hui, ainsi que l'étendue et la portée du contrôle du juge de l'Union.

Les mesures de défense commerciale font partie des instruments spécifiques de la politique commerciale commune de l'Union européenne². Elles sont ainsi visées par l'article 207, paragraphe 1, TFUE, qui précise que « [l]a politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne [...] les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions ».

Les institutions de l'Union ont à leur disposition trois principaux³ instruments de défense commerciale. Deux sont spécifiquement nommés par l'article 207, paragraphe 1, TFUE : l'antidumping⁴ et l'antisubvention⁵. Un est

¹ L'auteur est Docteur en droit, référendaire au Tribunal de l'Union européenne et membre associé du Centre d'excellence Jean Monnet de Rennes et du Centre de recherches européennes (CEDRE/IODE UMR CNRS 6262) de l'Université de Rennes 1. Les opinions exprimées dans cette contribution n'engagent que l'auteur et non l'institution pour laquelle il travaille. Il peut être contacté à l'adresse alexandre.thillier@gmail.com.

² Voy., à cet égard, A. THILLIER, « Politique Commerciale Commune », *Jurisclasseur Europe*, LexisNexis, fasc. 2300, 2007.

³ D'autres instruments existent d'un point de vue juridique, mais ne sont pas utilisés en pratique. Voy., par exemple, le règlement (CE) n° 868/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant la protection contre les subventions et les pratiques tarifaires déloyales causant un préjudice aux transporteurs aériens communautaires dans le cadre de la fourniture de services de transport aérien de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *J.O.* L 162, p. 1.

⁴ Règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil, du 30 novembre 2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *J.O.* L 343, p. 51.

⁵ Règlement (CE) n° 597/2009 du Conseil, du 11 juin 2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, *J.O.* L 188, p. 93.

innomé : les mesures de sauvegarde⁶. Un autre instrument, appelé « règlement sur les obstacles au commerce » (ROC)⁷, s'intéresse davantage à l'accès des entreprises européennes aux marchés des pays tiers. Il n'est pas, à proprement parler, un instrument de défense commerciale, même s'il fait partie des instruments de la politique commerciale commune de l'Union.

L'antidumping, l'antisubvention et les mesures de sauvegarde sont prévus, et encadrés, par les règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁸. Cela permet aux membres de l'OMC d'adopter des mesures qui restreignent le commerce et qui seraient, sinon, considérées comme contraires aux règles et objectifs des textes internationaux⁹.

Sur la base des réglementations précitées¹⁰, les institutions peuvent adopter des mesures qui prennent la forme, normalement, de règlements¹¹. En l'état actuel du droit de l'Union, la Commission adopte les mesures provisoires en matière de défense commerciale¹². Le Conseil adopte les mesures définitives (sur proposition de la Commission)¹³. Ce mode d'adoption des mesures de

⁶ Les mesures de sauvegarde ne font pas l'objet d'une réglementation à part entière, à la différence des autres instruments de défense commerciale, mais sont prévues par des réglementations plus générales concernant l'importation de biens dans l'Union européenne. Il existe un régime général [règlement (C.E.) n° 260/2009 du Conseil, du 26 février 2009, relatif au régime commun applicable aux importations, *J.O. L 84*, p. 1] et un régime spécifique pour les pays à commerce d'état [règlement (C.E.) n° 625/2009 du Conseil, du 7 juillet 2009, relatif au régime commun applicable aux importations de certains pays tiers, *J.O. L 185*, p. 1].

⁷ Règlement (CE) n° 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, *J.O.L 349*, p. 71. Le ROC a pour finalité de permettre à des personnes morales de se plaindre auprès de la Commission de la violation par un pays tiers de ses obligations internationales. Pour une analyse approfondie de cet instrument, voy. D. GADBIN et A. HERVÉ, « Le Règlement sur les Obstacles au Commerce (ROC) », *Jurisclasseur Europe*, LexisNexis, fasc. 2330, 2012.

⁸ L'antidumping par l'article VI du GATT de 1994 et par l'accord OMC sur la mise en œuvre dudit article, l'antisubventions par l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires et les mesures de sauvegarde par l'article XIX du GATT de 1994.

⁹ Les considérants du GATT, rappelant que l'objectif du système commercial multilatéral vise « le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, la pleine utilisation des ressources mondiales et l'accroissement de la production et des échanges de produits », prévoient « la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et [...] l'élimination des discriminations en matière de commerce international ».

¹⁰ Ci-après le ou les « règlement(s) de base ».

¹¹ Sur la typologie des actes juridiques de l'Union, voy. l'article 288 TFUE.

¹² S'agissant des mesures de sauvegarde, l'adoption de mesures provisoires par la Commission s'inscrit dans le cadre de la procédure de comitologie, telle qu'applicable avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne [voy., à cet égard, l'article 16, paragraphe 6, du règlement (CE) n° 260/2009, précité à la note de bas de page n° 6].

¹³ En l'état actuel du droit de l'Union, la proposition de mesures définitives antidumping et antisubventions présentée par la Commission est adoptée par le Conseil, sauf s'il décide, à la majorité simple, de la rejeter dans un délai d'un mois à partir de sa présentation par la Commission (article 9, paragraphe 4, du règlement de base antidumping, et article 15, paragraphe 1, du règlement de base antisubventions). Ce mode particulier d'adoption des mesures définitives découle directement de la jurisprudence de l'Union et de l'incertitude qui existait quant à la recevabilité des recours en annulation introduits à l'encontre de décisions du Conseil n'adoptant pas

défense commerciale devrait évoluer pour tenir compte des avancées issues du traité de Lisbonne. À terme, la Commission devrait adopter aussi bien les mesures provisoires que les mesures définitives, sous le contrôle des États membres¹⁴.

Les mesures de défense commerciale adoptées par les institutions sont soumises à un double contrôle. Le premier, juridictionnel, est opéré par le juge de l'Union. Le second, parfois dénommé « quasi juridictionnel », est opéré par l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC¹⁵. La différence la plus importante entre les deux systèmes de contrôle tient à leurs effets. Alors que le contrôle opéré par le juge de l'Union peut entraîner, le cas échéant, l'annulation de l'acte attaqué¹⁶ ou son invalidation, le contrôle opéré par l'ORD ne peut déboucher que sur une mise en conformité par le membre de l'OMC condamné¹⁷. Cette mise en conformité ne vaudra que pour l'avenir¹⁸.

la proposition de la Commission (voy., à cet égard, Trib., 29 novembre 2000, *Eurocoton e.a./Conseil*, T-213/97, *Rec.*, p. II-3727, et C.J., 30 septembre 2003, *Eurocoton e.a./Conseil*, C-76/01 P, *Rec.*, p. I-10091). En matière de mesures de sauvegarde, les mesures définitives sont adoptées par le Conseil statuant à la majorité qualifiée [article 17 du règlement (CE) n° 260/2009, précité]. Ce vote renforcé s'explique notamment par la nature politiquement sensible des mesures de sauvegarde qui s'appliquent à l'encontre des importations originaires de l'ensemble des pays tiers, à la différence des mesures antidumping et antisubventions.

¹⁴ L'article 291 TFUE prévoit que, lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 TUE, au Conseil. Le contrôle de l'exercice de ces compétences doit être exercé par les États membres, donc sans intervention du législateur. Pour tenir compte de ces évolutions, le Parlement européen et le Conseil ont adopté, le 16 février 2011, le règlement (U.E.) n° 182/2011 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 (*J.O.* L 55, p. 13). Dans ce cadre, la Commission a adopté deux propositions de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à modifier les instruments de politique commerciale. En particulier, par une première proposition [dite « Loi Omnibus sur le commerce I », COM(2011) 82 final du 7 mars 2011], la Commission propose de modifier certains règlements relatifs à la politique commerciale commune. Elle y indique, notamment, que les compétences réservées du Conseil en matière de défense commerciale doivent être révisées et alignées sur les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

¹⁵ Sur cette question, voy. É. CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008.

¹⁶ Et donc, en principe, sa disparition rétroactive de l'ordre juridique de l'Union (voy., à cet égard, l'article 264 TFUE).

¹⁷ Voy., notamment, l'article 19, paragraphe 1, du mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC.

¹⁸ Le sixième considérant du règlement (CE) n° 1515/2001 du Conseil, du 23 juillet 2001, relatif aux mesures que la Communauté peut prendre à la suite d'un rapport adopté par l'organe de règlement des différends de l'OMC concernant des mesures antidumping ou antisubventions (*J.O.* L 201, p. 10) rappelle à cet égard que « [l]es recommandations formulées dans les rapports adoptés par l'ORD n'ont qu'un effet pour l'avenir ». Suivant ce principe, l'article premier, paragraphe 1, du règlement n° 1515/2001, ne prévoit que l'abrogation ou la modification de la mesure incriminée. Pour une analyse du règlement n° 1515/2001, voy. D. BLANCHARD, « Les effets des rapports de l'organe de règlement des différends de l'OMC : à la lumière du règlement (CE) 1515/2001 du Conseil de l'Union européenne », *R.M.C.U.E.*, 2003, n° 464, pp. 37-48.

Le contrôle opéré par le juge de l'Union en matière de défense commerciale a toujours occupé une place particulière dans le contentieux. Plusieurs affaires sont notamment considérées comme ayant une portée dépassant la simple défense commerciale. Il en est ainsi de l'affaire *Extramet*¹⁹ en matière de recevabilité des recours en annulation introduits contre des actes de portée générale, de l'affaire *Fresh Marine*²⁰ en matière de responsabilité non contractuelle et des affaires *Nakajima*²¹, puis *Petrotub*²², s'agissant de la question de l'invocabilité des règles internationales dans l'ordre juridique de l'Union.

Cette contribution, qui s'appuie sur le contentieux récent en matière de défense commerciale, vise à montrer que, à ce jour, ce contentieux a atteint un certain seuil de maturité, tout en restant évolutif (I), et que le juge de l'Union opère un contrôle effectif sur les actes adoptés par les institutions (II).

I. – Un contentieux mature et évolutif

Le contentieux en matière de défense commerciale n'est pas un contentieux résiduel ou à la marge. Compte tenu du niveau d'activité des dernières années, il constitue aujourd'hui un domaine à part entière du contentieux du juge de l'Union. Il est arrivé à maturité (A). Ce contentieux, malgré cette maturité, n'en est pas pour autant figé. Il évolue en fonction des nouvelles contraintes juridiques et de la pratique des institutions. Le juge de l'Union doit, dans ce cadre, s'adapter afin d'appréhender de nouvelles problématiques (B).

A. La maturité du contentieux en matière de défense commerciale

L'analyse des statistiques d'activités du Tribunal de l'Union européenne²³ en matière de défense commerciale est enrichissante à plus d'un titre même si, comme toute analyse statistique, il convient d'être prudent quant aux conclusions à en tirer.

¹⁹ C.J., 16 mai 1991, *Extramet/Conseil*, C-358/89, *Rec.*, p. I-02501.

²⁰ Trib., 24 octobre 2000, *Fresh Marine/Commission*, T-178/98, *Rec.*, p. II-03331, et C.J., 10 juillet 2003, *Commission/Fresh Marine*, C-472/00 P, *Rec.*, p. I-07541.

²¹ C.J., 7 mai 1991, *Nakajima/Conseil*, C-69/89, *Rec.*, p. I-02069.

²² C.J., 9 janvier 2003, *Petrotub/Conseil*, C-76/00 P, *Rec.*, p. I-00079.

²³ Le Tribunal est compétent pour recevoir les recours directs des personnes physiques ou morales contre les actes des institutions européennes, notamment en matière de défense commerciale.

Cette analyse indique que le contentieux en la matière a atteint un volume constant, voire qu'il connaît une certaine augmentation. Ainsi, d'une façon générale, les rapports annuels de la Cour de justice de l'Union européenne montrent que le volume des recours introduits devant le Tribunal en matière de politique commerciale (dont les affaires de défense commerciale constituent la majeure partie) se situe, depuis l'année 2007, à un niveau proche de 10 par an²⁴. Les chiffres récents tendent à montrer, par ailleurs, un accroissement de ce contentieux, puisque le Tribunal a enregistré 17 nouvelles affaires en 2012²⁵ et 22 nouvelles affaires entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} octobre 2013²⁶. Une part significative de ces affaires a trait directement au contentieux en matière de défense commerciale. Ainsi, 11 nouvelles affaires en 2012 et 21 nouvelles affaires entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} septembre 2013²⁷ avaient pour objet une demande d'annulation d'actes instituant des mesures de défense commerciale. Par ailleurs, les 6 autres affaires nouvelles introduites en 2012 concernaient des demandes de remboursement de droits à l'importation perçus dans le cadre de la mise en place de mesures de défense commerciale. Dans ce contexte, les recours introduits à l'encontre de mesures antidumping occupent une place importante²⁸.

Le volume d'activités du Tribunal en matière de défense commerciale peut utilement être mis en perspective avec le niveau d'activité des institutions européennes et celui de l'ORD.

S'agissant du niveau d'activité des institutions européennes, il est en diminution. Ainsi, le nombre de mesures définitives imposées était d'environ 10 par an sur la période 2009-2012²⁹, avec, par deux fois un chiffre inférieure à 10 et, notamment, 3 mesures définitives seulement imposées en 2012. Le niveau des mesures définitives imposées sur la période 2004-2008 était, quant à lui, systématiquement supérieur à 10 par an³⁰. Cette baisse de l'activité des institutions

²⁴ 9 recours en 2007, 10 en 2008, 8 en 2009, 9 en 2010 et 11 en 2011 (rapports annuels de la Cour 2009, p. 172, et 2012, p. 190).

²⁵ Statistiques issues d'une recherche sur le site internet de la Cour de justice à l'adresse <www.curia.europa.eu>.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.* Le chiffre pour les affaires introduites en 2013 doit toutefois être relativisé dans la mesure où un nombre substantiel de recours a été introduit dans le cadre de l'affaire dite des « panneaux solaires ».

²⁸ Ainsi, l'intégralité des recours introduits devant le Tribunal en 2012 en matière de politique commerciale concernait, directement ou indirectement, des mesures antidumping. Cela s'explique notamment par le fait que, en pratique, l'instrument antidumping est plus utilisé au niveau de l'Union que les autres instruments de défense commerciale.

²⁹ 11 mesures définitives imposées en 2009, 9 en 2010, 13 en 2011 et 3 en 2012 (source : « Statistics covering the first nine months of 2013 », document de la Direction Générale Commerce de la Commission, 4 octobre 2013, disponible sur le site internet de la Commission à la date du 20 octobre 2013).

³⁰ 11 mesures définitives imposées en 2004, 19 en 2005, 13 en 2006, 12 en 2007 et 16 en 2008 [source : 27^e rapport annuel de la Commission sur les activités antidumping, antisubventions et sauvegarde, 26 octobre 2009, document de travail, SEC(2009) 1413, p. 21, tableau 1].

en la matière se reflète dans le niveau des mesures en vigueur au niveau de l'Union, qui a fait l'objet d'une réduction substantielle – de près de 20 % – depuis 2004³¹.

S'agissant du niveau d'activité de l'ORD, il connaît également un ralentissement notable depuis 2007. Alors que le nombre de procédures de règlement des différends concernant les mesures antidumping et antisubventions était en règle générale supérieur ou égal à 10 par an entre 2000 et 2006³², il est désormais en règle générale inférieur ou égal à 10 par an³³. Ce ralentissement du niveau d'activité de l'ORD en matière antidumping et antisubventions s'explique en grande partie par la réduction du nombre de mesures définitives adoptées par les membres de l'OMC³⁴, qui rejoint en cela la baisse d'activités des institutions européennes décrite précédemment.

Dans ce contexte, il peut paraître paradoxal de constater une absence d'érosion du contentieux européen en matière de défense commerciale, voire une progression ces deux dernières années, alors même que l'activité des institutions européennes – et de l'ORD – en la matière est en diminution. L'explication est sans doute multifactorielle. Plusieurs éléments peuvent toutefois être avancés. Tout d'abord, les mesures de défense commerciale peuvent faire l'objet de recours simultanés de la part d'entreprises différentes. Cela semble être le cas pour certaines affaires récentes, notamment celle dite des « panneaux solaires »³⁵. Ensuite, le contrôle effectif du juge de l'Union, qui a conduit à plusieurs annulations ou invalidations – parfois retentissantes – de réglementations européennes ces dernières années (voir la partie II ci-après), a sans doute

³¹ 156 mesures définitives (antidumping ou antisubventions) en vigueur en 2004, 126 en 2011 (source : site internet de la Direction Générale Commerce de la Commission à l'adresse <<http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/trade-defence/actions-against-imports-into-the-eu/>>).

³² 17 procédures de règlement des différends initiées en 2000, 10 en 2001, 14 en 2002, 12 en 2003, 14 en 2004, 6 en 2005 (cette année constituant à cet égard une exception), 17 en 2006 (source : recherche effectuée sur le site internet de l'OMC à l'adresse <http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/find_dispu_cases_f.htm#results>).

³³ 6 procédures de règlement des différends initiées en 2007, 10 en 2008, 4 en 2009, 8 en 2010, 7 en 2011, 13 en 2012 (cette année constituant à cet égard une exception) et 5 en 2013 (jusqu'au 20 octobre 2013).

³⁴ Voy. à cet égard, L. ROVEGNO et H. VANDENBUSSCHE, « A comparative analysis of EU Antidumping rules and application », Discussion Paper 2011-23, IRES, disponible à l'adresse <<http://sites.uclouvain.be/econ/DP/IRES/2011023.pdf>>.

³⁵ Dans cette affaire, 10 recours (données issues d'une recherche sur le site internet de la Cour) ont été déposés (à la date du 1^{er} septembre 2013) par des entreprises différentes contre des décisions intermédiaires ainsi que contre le règlement (UE) n° 513/2013 de la Commission, du 4 juin 2013, instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de modules photovoltaïques en silicium cristallin et leurs composants essentiels (cellules et wafers) originaires ou en provenance de la République populaire de Chine (*J.O.* L 190, p. 102). Si des droits antidumping définitifs sont imposés dans cette affaire et que des recours sont introduits par les entreprises concernées, ils viendraient s'ajouter au volume déjà historiquement haut de recours introduits depuis le début de l'année 2013.

participé à conforter les entreprises dans leur volonté de contester davantage les mesures de défense commerciale européennes. Enfin, le contrôle du juge de l'Union, à la différence de celui opéré par l'ORD, peut aboutir, le cas échéant, à l'annulation de l'acte attaqué. Par ailleurs, même si, à première vue, la procédure de règlement des différends à l'OMC peut sembler plus rapide, l'expérience montre que la mise en conformité du membre de l'OMC condamné peut-être très longue³⁶. Ces différents éléments peuvent sans doute conduire les entreprises, dans certains cas, à privilégier un recours devant le juge de l'Union plutôt que d'inciter leur État à entamer une procédure devant l'OMC³⁷.

B. *L'évolution des problématiques liées au contentieux en matière de défense commerciale*

Le contentieux relatif aux mesures de défense commerciale a donc atteint une certaine maturité, en termes de volume, devant le juge de l'Union. Il n'en est pas moins évolutif, en ce sens que la modification du contexte de la matière, ainsi que de la pratique des institutions, doit être appréhendée par les juridictions européennes. L'activité contentieuse récente le démontre.

La première évolution, contextuelle, tient à la modification du traité s'agissant de la recevabilité des recours en annulation introduits par les personnes physiques ou morales. On le sait, pour les personnes physiques et morales, l'une des principales difficultés du contentieux de l'annulation devant le Tribunal tient à la recevabilité du recours³⁸. Si celle-ci pose peu de problème lorsque l'acte attaqué prend la forme d'une décision individuelle adressée au requérant, la question devient plus délicate lorsque l'acte en cause prend la forme

³⁶ Voy., par exemple, les « sagas » dans les affaires « bananes » ou « hormones » à l'OMC.

³⁷ Il arrive parfois, également, qu'une procédure soit menée simultanément devant l'OMC et devant le juge de l'Union. Voy., à cet égard, Trib., 21 mars 2012, *Marine Harvest Norway et Alsaker Fjordbruk/Conseil*, T-113/06, non encore publié au *Rec.*, et Trib., *Fiskeri og Havbruksnæringens Landsforening e.a./Conseil*, T-115/06, non encore publié au *Rec.* Ces deux arrêts ont conduit à l'annulation, s'agissant des requérantes, du règlement (CE) n° 85/2006 du Conseil, du 17 janvier 2006, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de saumon d'élevage originaire de Norvège (*J.O. L 15*, p. 1). Ce règlement a été reconnu comme contraire aux règles de l'OMC par un groupe spécial (rapport du groupe spécial « Communautés Européennes – Mesure antidumping visant le saumon d'élevage en provenance de Norvège », WT/DS337/R, adopté le 15 janvier 2008).

³⁸ Pour une analyse approfondie des conditions de recevabilité du recours en annulation devant le juge de l'Union, voy. F. MARIATTE, *Contentieux de l'Union européenne*, vol. 1, Paris, Lamy, 2011, spéc. pp. 45-190. S'agissant plus spécifiquement des modifications apportées par le nouvel article 263 TFUE, voy., notamment, la contribution de J. Wildemeersch dans le présent ouvrage, A. POPOV, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2012/1, pp. 167-194, et S. BALTHASAR, « Locus standi rules for challenges to regulatory acts by private applicants : the new article 263(4) TFEU », *E.L.Rev.*, 2010/4, pp. 542-550.

d'un acte de portée générale. Le requérant doit notamment démontrer qu'il est individuellement concerné par l'acte en cause. Le nouvel article 263 TFUE apporte, à cet égard, un changement majeur dans la mesure où il est désormais prévu que les personnes physiques ou morales n'ont plus à démontrer qu'elles sont individuellement concernées par l'acte attaqué, lorsque celui-ci est un acte réglementaire qui ne comporte pas de mesures d'exécution.

La question se posait donc de savoir si les mesures de défense commerciale, qui prennent en principe la forme de règlements, entraînent dans la catégorie des actes réglementaires ne comportant pas de mesures d'exécution. Cette question est importante, notamment pour les catégories d'opérateurs qui ne sont pas, en général, individuellement concernés par les mesures de défense commerciale³⁹.

Le Tribunal a répondu à cette question le 5 février 2013, s'agissant à tout le moins des mesures imposant des droits antidumping, dans le cadre de l'affaire *BSI*⁴⁰. Cette affaire concernait un importateur indépendant de produits soumis à des droits antidumping par un règlement d'exécution du Conseil⁴¹. Après avoir considéré que la requérante n'était pas individuellement concernée par le règlement attaqué⁴², le Tribunal a analysé si ledit règlement comportait des mesures d'exécution, au sens de l'article 263 TFUE. Le Tribunal a tout d'abord souligné

³⁹ Tel peut-être le cas, notamment, des importateurs indépendants. La jurisprudence reconnaît que les importateurs indépendants peuvent être individuellement concernés par la mesure de défense commerciale si leurs prix de revente ont été pris en compte pour la construction des prix à l'exportation. Dans ce cas, ces importateurs sont concernés par les constatations relatives à l'existence d'une pratique de dumping (voy., p. ex., C.J., *Eurocoton e.a./Conseil*, précité à la note de bas de page n° 13, point 73, et Trib., 28 février 2002, *BSC Footwear Supplies e.a./Conseil*, T-598/97, *Rec.*, p. II-1155, point 46). Certains opérateurs ont, en revanche, plus de facilité à démontrer qu'ils sont individuellement concernés par la mesure de défense commerciale. Il en va ainsi, par exemple, des entreprises productrices et exportatrices qui peuvent démontrer qu'elles ont été identifiées dans les actes de la Commission et du Conseil ou concernées par les enquêtes préparatoires (voy., p. ex., C.J., 21 février 1984, *Allied Corporation e.a./Commission*, 239/82 et 275/82, *Rec.*, p. 1005, points 11 et 12, et Trib., 28 février 2002, *BSC Footwear Supplies e.a./Conseil*, précité, point 45). Cette reconnaissance du droit de certaines catégories d'opérateurs économiques d'introduire un recours en annulation d'un règlement instaurant une mesure de défense commerciale ne saurait cependant empêcher que d'autres opérateurs puissent également être individuellement concernés par un tel règlement, en raison de certaines qualités qui leur sont particulières et qui les caractérisent par rapport à toute autre personne (voy., notamment, C.J., 16 mai 1991, *Extramet/Conseil*, précité à la note de bas de page n° 19, point 16).

⁴⁰ Ordonnance Trib., 5 février 2013, *BSI/Conseil*, T-551/11, non encore publiée au *Rec.* Pour un commentaire de cette ordonnance, voy. M. MEISTER, *Europe*, n° 4, avril 2013, comm. 158. Cette ordonnance n'est pas la première concernant la question de l'existence de mesures d'exécution d'actes réglementaires. Voy., notamment, dans le domaine des quotas d'émission à effet de serre, ordonnance Trib., 4 juin 2012, *Eurofer/Commission*, T-381/11, non encore publiée au *Rec.*

⁴¹ En l'occurrence, des éléments de fixation en fer ou en acier. L'acte attaqué était le règlement d'exécution (UE) n° 723/2011 du Conseil, du 18 juillet 2011, portant extension du droit antidumping définitif institué par le règlement initial aux importations de certains éléments de fixation en fer ou en acier expédiés de Malaisie, qu'ils aient ou non été déclarés originaires de ce pays (*J.O.* L 194, p. 6). La requérante, la société Brugola Service International Srl (BSI), avait importé des éléments de fixation provenant de certaines sociétés malaisiennes. Elle attaquait en annulation, devant le Tribunal, le règlement (UE) n° 723/2011.

⁴² Points 23 à 41 de l'ordonnance.

que le règlement attaqué, qui imposait des mesures antidumping, était un acte réglementaire, au sens de l'article 263 TFUE, dans la mesure où, premièrement, il avait une portée générale et où, deuxièmement, il ne constituait pas un acte législatif dès lors qu'il n'avait été adopté ni selon la procédure législative ordinaire ni selon une procédure législative spéciale, au sens de l'article 289, paragraphes 1 à 3, TFUE⁴³. Ensuite, le Tribunal a considéré que le règlement attaqué comportait des mesures d'exécution. Pour parvenir à cette conclusion, le Tribunal s'est notamment appuyé sur les dispositions pertinentes du code des douanes communautaire⁴⁴. Le Tribunal en a déduit que le système douanier, tel qu'instauré par le code des douanes et dans lequel s'inscrit le règlement attaqué, prévoit que la perception des droits fixés par ce dernier se fait, dans tous les cas de figure, sur la base des mesures adoptées par les autorités nationales⁴⁵. La solution adoptée par le Tribunal ne prive pas la requérante de toute voie de recours. Comme le souligne le Tribunal, la requérante peut, en principe, contester les mesures nationales d'exécution du règlement attaqué et, dans ce contexte, exciper de l'illégalité de celui-ci devant les juridictions nationales qui peuvent recourir, avant de statuer, aux dispositions de l'article 267 TFUE, sans avoir préalablement dû enfreindre le règlement attaqué⁴⁶.

La seconde évolution du contentieux devant le juge de l'Union en matière de défense commerciale tient à la pratique des institutions. En particulier, l'analyse de la pratique récente montre que les institutions s'appuient davantage sur les mesures antisubventions que par le passé⁴⁷. Cette augmentation du nombre de mesures antisubventions imposées devrait conduire à un accroissement du

⁴³ Point 43 de l'ordonnance. Le raisonnement du Tribunal s'inscrit, à cet égard, dans la logique de l'ordonnance Trib., 6 septembre 2011, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Parlement et Conseil*, T-18/10, *Rec.*, p. II-5599, point 56, et Trib., 25 octobre 2011, *Microban International et Microban (Europe)/Commission*, T-262/10, *Rec.*, p. II-7697, point 21. Voy., également, ordonnance Trib., *Eurofer/Commission*, précitée à la note de bas de page n° 40, points 43 et 44.

⁴⁴ Règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire, plusieurs fois modifié (*J.O.* L 302, p. 1). Le Tribunal a notamment visé les articles 62 et suivants, 201, 221, 236 et 243 dudit code.

⁴⁵ Point 53 de l'ordonnance.

⁴⁶ Point 63 de l'ordonnance. Il convient de relever, à cet égard, que l'ordonnance dans l'affaire *BSI/Conseil* rejoint celle rendue dans l'affaire *Eurofer/Commission*, précitée à la note de bas de page n° 40 (spéc. point 60), dans la mesure où il est considéré que l'objectif poursuivi par l'article 263, quatrième alinéa, TFUE est d'éviter que des personnes physiques ou morales n'aient à enfreindre une réglementation pour pouvoir la contester devant un juge.

⁴⁷ Ainsi, 6 produits faisaient l'objet de mesures antisubventions à la fin de l'année 2008 (source : 27^e rapport annuel de la Commission sur les activités antidumping, antisubventions et sauvegarde, 26 octobre 2009, document de travail, précité à la note de bas de page n° 30, spéc. annexe P). Ils étaient 8 produits au 30 septembre 2013 (source : « Statistics covering the first nine months of 2013 », précité à la note de bas de page n° 29, spéc. annexe P). Il y a lieu de souligner que le nombre de mesures antisubventions a connu une augmentation alors que, dans le même temps, les mesures de défense commerciale ont globalement connu une réduction substantielle (voy., sur ce point, la note de bas de page n° 31).

nombre de recours déposés devant le juge de l'Union, même s'il est encore trop tôt pour noter une évolution significative à cet égard. Dans ce contexte, le juge de l'Union s'est notamment prononcé sur l'application du nouveau règlement de base en matière antisubventions⁴⁸ dans deux arrêts récents concernant les importations de certains types de polyéthylène téréphtalate originaires de l'Iran, du Pakistan et des Émirats arabes unis⁴⁹, en apportant certaines précisions importantes. En particulier, le Tribunal a considéré que, dans le cadre de la détermination d'une contribution financière au sens de l'article 3, paragraphe 1, sous a), ii), du règlement de base antisubventions, il n'était pas exigé que les institutions isolent une règle générale et que les exceptions à celle-ci soient identifiées. Les institutions pouvaient donc se fonder sur deux régimes normatifs⁵⁰, dès lors que ces deux régimes permettaient de comparer le régime de l'impôt sur les revenus pour les ventes intérieures, d'une part, et pour les ventes à l'exportation, d'autre part⁵¹. Le Tribunal a également relevé que, même si, dans certaines hypothèses, la mesure relative aux ventes à l'exportation ne donnait pas lieu à un impôt inférieur à celui perçu au titre du régime visant les ventes intérieures, cela ne signifiait pas pour autant qu'il n'existait pas de contribution financière des pouvoirs publics. Ce qui importe, selon le Tribunal c'est qu'il soit constaté, dans le cadre de l'enquête antisubventions, que la mesure en cause a effectivement établi une subvention passible de mesures compensatoires au cours de la période d'enquête⁵².

Par ailleurs, il y a lieu de relever que, jusqu'à récemment, les institutions imposaient uniquement, à l'encontre des importations originaires de Chine, des droits antidumping. Cette pratique a évolué et les institutions ont également imposé, pour la première fois, en 2011, des mesures antisubventions dans une affaire visant les importations de papier fin couché⁵³. L'évolution opérée est remarquable à un double point de vue. Premièrement, d'un point de vue

⁴⁸ Règlement (CE) n° 597/2009, précité à la note de bas de page n° 5.

⁴⁹ Trib., 24 mai 2012, *JBF RAK/Conseil*, T-555/10, non encore publié au *Rec.*, et Trib., 11 octobre 2012, *Novatex/Conseil*, T-556/10, non encore publié au *Rec.* Pour un commentaire de ce dernier arrêt, voy. L. Idot, *Europe*, n° 12, décembre 2012, comm. 513.

⁵⁰ L'un concernant la taxation sur le chiffre d'affaires pour les ventes intérieures, l'autre concernant les ventes à l'exportation.

⁵¹ Points 39 à 43 de l'arrêt dans l'affaire *Novatex*.

⁵² Point 63 de l'arrêt *Novatex*.

⁵³ Règlement d'exécution (UE) n° 452/2011 du Conseil, du 6 mai 2011, instituant un droit antisubvention définitif sur les importations de papier fin couché originaire de la République populaire de Chine (*J.O.* L 128, p. 18). Cette procédure antisubventions a été menée en parallèle à une procédure antidumping qui a abouti, elle aussi, à l'imposition de mesures définitives [règlement d'exécution (UE) n° 451/2011 du Conseil, du 6 mai 2011, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de papier fin couché originaire de la République populaire de Chine (*J.O.* L 128, p. 1)].

politique, l'Union adresse un message aux autorités chinoises suivant lequel les subventions qui peuvent exister en Chine pourront désormais faire l'objet de droits compensateurs⁵⁴. Deuxièmement, d'un point de vue stratégique, l'utilisation nouvelle des procédures antisubventions pourrait pallier, à terme, un risque d'affaiblissement de l'antidumping puisque le régime dérogatoire applicable aux importations de produits originaires de Chine⁵⁵ – qui permet de ne pas utiliser les ventes domestiques des producteurs chinois dans le calcul de la marge de dumping – arrivera à échéance en 2016. L'imposition de mesures antisubventions dans l'affaire du papier fin couché fait actuellement l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal⁵⁶. Celui-ci devra donc appréhender, pour la première fois, la question des subventions accordées par les autorités chinoises à leurs entreprises et l'imposition de mesures de défense commerciale par l'Union. Ce premier cas antisubventions n'est plus un cas isolé puisque, depuis, la Commission a ouvert une nouvelle procédure antisubventions dans l'affaire dite des « panneaux solaires »⁵⁷, parallèlement à la procédure antidumping évoquée précédemment. Cette procédure n'a pas conduit à l'imposition de droits compensateurs provisoires⁵⁸ mais pourrait conduire, le cas échéant, à l'imposition de mesures définitives.

Ces exemples montrent que le contentieux devant le juge de l'Union est en évolution constante. Cette évolution devrait se poursuivre à l'avenir compte tenu, d'une part, de la réforme du processus décisionnel applicable aux mesures de défense commerciale⁵⁹ et, d'autre part, de la modernisation des instruments de défense commerciale qui a été récemment proposée par la Commission⁶⁰.

⁵⁴ L'absence de mesures antisubventions jusqu'ici tenait sans doute à la difficulté, pour les opérateurs déposant plainte mais aussi pour les institutions chargées de l'enquête, de démontrer l'existence d'une subvention accordée par l'État chinois.

⁵⁵ Prévu par le protocole d'accession de la Chine à l'OMC.

⁵⁶ Affaire T-444/11, *Gold East Paper (Jiangsu) et Gold Huasheng Paper (Suzhou Industrial Park)/Conseil*. Ce recours a été introduit le 8 août 2011. Pour un résumé de cette affaire et des moyens et arguments avancés par la requérante au soutien de son recours, voy. *J.O.* C 298, p. 24.

⁵⁷ La procédure antisubventions dans cette affaire a été ouverte par un avis publié au *J.O.* C 340, p. 13.

⁵⁸ Voy. le communiqué de presse de la Commission à l'adresse : <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=958>>. La Commission explique l'absence de droits compensateurs provisoires par le fait que l'industrie de l'Union serait protégée par les droits antidumping imposés antérieurement, ce qui aurait eu pour effet de faire disparaître le préjudice.

⁵⁹ Voy., à cet égard, la note de bas de page n° 14.

⁶⁰ Communication de la Commission, du 10 avril 2013, relative à la modernisation des instruments de défense commerciale, COM(2013) 191 final.

II. – Un contrôle effectif du juge de l'Union

Il est des périodes où le contentieux devant le juge de l'Union est particulièrement riche. La période récente en fait certainement partie s'agissant des mesures de défense commerciale. Celle-ci aura notamment été marquée par un nombre conséquent d'annulations⁶¹ ou d'invalidations prononcées par les juridictions européennes.

Certes, les juridictions ont également rejeté des recours, en apportant d'ailleurs des précisions enrichissantes concernant l'interprétation des règlements de base. On relèvera ainsi que, par deux arrêts rendus à deux mois d'intervalle, le Tribunal a précisé la définition du « produit concerné », c'est-à-dire le produit objet de l'enquête et dont les importations seront soumises, le cas échéant, à des mesures antidumping⁶². Par ailleurs, dans l'affaire *Far Eastern New Century*, le Tribunal est revenu sur les conditions d'utilisation par les institutions de la méthode de calcul des marges de dumping dite « asymétrique »⁶³. Dans l'affaire *Philips Lighting*, le Tribunal a apporté des précisions quant à la notion « d'industrie communautaire » dans le cadre des procédures antidumping⁶⁴. Enfin, dans l'affaire *Gul Ahmed*, la Cour a clarifié la question de l'analyse du lien de causalité en matière antidumping⁶⁵.

⁶¹ Le cas échéant confirmées par la Cour de justice.

⁶² Cette définition est importante en pratique, car elle délimite le champ d'application des mesures antidumping. Le produit concerné doit conserver une certaine unicité, afin d'éviter que des mesures ne soient appliquées à des produits dont la définition serait trop large. Dans ces deux arrêts, le Tribunal a précisé que, aux fins de la définition du produit concerné, les institutions peuvent tenir compte de plusieurs facteurs, tels que les caractéristiques physiques, techniques et chimiques des produits, leur usage, leur interchangeabilité, la perception qu'en a le consommateur, les canaux de distribution, le processus de fabrication, les coûts de production et la qualité (Trib., 13 septembre 2010, *Whirlpool Europe/Conseil*, T-314/06, *Rec.*, p. II-5005, point 138, et Trib., 17 décembre 2010, *EWRIA e.a./Commission*, T-369/08, *Rec.*, p. II-6283, point 82).

⁶³ Trib., 13 avril 2011, *Far Eastern New Century/Conseil*, T-167/07, non publié au *Rec.* Cette méthode consiste à calculer des marges de dumping en comparant la valeur normale moyenne pondérée à des transactions à l'exportation individuelles (par opposition aux méthodes dites « symétriques » qui consistent à comparer des moyennes pondérées ou des transactions individuelles entre elles). Le Tribunal constate que les institutions peuvent justifier l'utilisation de la méthode asymétrique dès lors que, notamment, la configuration des prix à l'exportation varie (qu'elle qu'en soit la cause, point 73 de l'arrêt) et que, par ailleurs, la méthode asymétrique reflète une différence de dumping non négligeable par rapport au dumping calculé dans le cadre des méthodes symétriques (points 111 et 113 de l'arrêt).

⁶⁴ Trib., 11 juillet 2013, *Philips Lighting Poland et Philips Lighting/Conseil*, T-469/07, non encore publié au *Rec.* En particulier, le Tribunal retient que les institutions pouvaient considérer à bon droit qu'une entreprise représentant 48 % de la production communautaire totale du produit concerné pouvait constituer une proportion majeure de la production communautaire, au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement de base antidumping (point 96 de l'arrêt), et servir ainsi de base à l'analyse du préjudice.

⁶⁵ C.J., 14 novembre 2013, *Conseil/Gul Ahmed Textile Mills*, C-638/11 P, non encore publié au *Rec.* En particulier, la Cour, annulant sur pourvoi l'arrêt du Tribunal sur ce point, a considéré que l'analyse des facteurs connus, autres que les importations faisant l'objet d'un dumping, qui, au même moment, causent un préjudice à l'industrie communautaire, présuppose un lien de causalité direct. À cet égard, les modifications des

Nous nous concentrerons toutefois dans cette contribution sur les annulations et invalidations prononcées par le juge de l'Union, dans la mesure où elles permettent d'apprécier davantage la réalité (A) et, surtout, les effets (B) du contrôle opéré.

A. *La réalité du contrôle du juge de l'Union en matière de défense commerciale*

Il convient de rappeler que, au titre de l'article 263, alinéa 1, TFUE, le juge de l'Union « contrôle la légalité » des actes réglementaires adoptés par les institutions en matière de défense commerciale. À cet effet, il est compétent pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application, ou détournement de pouvoir⁶⁶. Il ne dispose pas d'une compétence de pleine juridiction⁶⁷ en matière de défense commerciale. Par ailleurs, il y a lieu de souligner que, outre les moyens d'ordre public, qui doivent être soulevés d'office par le juge de l'Union⁶⁸, ce dernier ne se prononce que sur les moyens soulevés par les parties au litige. Les recours déposés au titre de l'article 263 TFUE peuvent conduire, le cas échéant, à l'annulation de l'acte attaqué. La Cour de justice est également compétente, au titre de l'article 267 TFUE, pour statuer, à titre préjudiciel, notamment sur la validité des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Dans ce cadre, l'un des éléments marquants du contentieux récent en matière de défense commerciale tient non seulement au nombre d'annulations et d'invalidations prononcées, mais aussi à la diversité des motifs retenus par le juge de l'Union. Ainsi, sur la courte période des deux dernières années, le juge de l'Union a prononcé ou confirmé⁶⁹ une douzaine d'annulations ou invalidations de réglementations imposant des mesures de défense commerciale. Ces annulations ou invalidations reposaient sur des motifs différents, en apportant,

conditions réglementaires des importations faisant l'objet d'un dumping (en l'occurrence l'abolition des droits antidumping antérieurs et des droits de douane ordinaires dans le cadre du système de préférences tarifaires généralisées) ne peuvent pas être considérées comme causant en tant que telles un préjudice (points 28 à 34 de l'arrêt de la Cour).

⁶⁶ Article 263, alinéa 2, TFUE. En pratique, le contentieux en matière de défense commerciale repose essentiellement sur des moyens tirés de la violation des formes substantielles et de la violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application (notamment les règlements de base).

⁶⁷ Cette compétence de pleine juridiction est prévue par l'article 261 TFUE. Elle requiert toutefois une attribution par un règlement et ne concerne que les sanctions prévues par ce règlement. Les mesures de défense commerciale n'imposent pas de « sanctions », à la différence des amendes en droit de la concurrence.

⁶⁸ Par exemple l'obligation de motivation qui pèse sur les institutions.

⁶⁹ La Cour statuant sur pourvoi.

souvent, des précisions essentielles quant à l'interprétation ou la mise en œuvre des règlements de base.

Premièrement, plusieurs arrêts ont concerné l'interprétation des règlements de base en matière de défense commerciale et, plus particulièrement, en matière antidumping. Ces arrêts sont importants dans la mesure où l'interprétation retenue des règlements de base par le juge de l'Union, qui a conduit à l'annulation des règlements d'exécution en cause, était nécessairement différente de celle retenue par les institutions. Dès lors, ces arrêts ont une incidence directe sur la pratique des institutions, voire sur le texte même des règlements de base en la matière⁷⁰.

Deux arrêts sont, à cet égard, significatifs.

Le premier arrêt, du 2 février 2012, rendu sur pourvoi dans l'affaire *Brosmann*⁷¹, a précisé que la Commission était tenue d'examiner les demandes d'octroi du statut à économie de marché (SEM)⁷² déposées par les entreprises visées par les enquêtes antidumping (en l'occurrence des entreprises chinoises produisant des chaussures), alors même qu'elle avait limité l'examen du dumping à un échantillon (et qu'elle considérait que le calcul de marges de dumping individuelles compliquerait indûment sa tâche et l'empêcherait d'achever l'enquête en temps utile). La Cour relève, notamment, que les dispositions du règlement de base antidumping concernant l'octroi du SEM⁷³ et celles relatives à l'échantillonnage⁷⁴ ont un contenu et une finalité différents⁷⁵. En particulier, la disposition relative à l'octroi du SEM fait obligation à la Commission de se prononcer sur les demandes déposées en ce sens et, cela, dans le délai de trois mois suivant l'ouverture de l'enquête⁷⁶. La Cour, statuant définitivement sur le litige, a annulé le règlement litigieux. L'arrêt de la Cour est important, car il remet en cause une pratique constante des institutions, qui n'examinaient pas systématiquement les demandes de SEM lorsqu'elles avaient limité l'examen

⁷⁰ Cette question sera développée dans le point B ci-après.

⁷¹ C.J., 2 février 2012, *Brosmann Footwear (HK) e.a./Conseil*, C-249/10 P, non encore publié au *Rec.* Pour un commentaire de cet arrêt, voy., notamment, B. NASTOLL, « EU Anti-Dumping Law, imports from China and treatment of non-market economy countries : Brosmann, Grünwald and Zhejiang Xinan », *C.M.L.Rev.*, 2013, pp. 265-280. Voy., aussi, L. Idot, *Europe*, n° 4, avril 2012, comm. 167.

⁷² L'octroi de ce statut, prévu par l'article 2, paragraphe 7, sous b) et c), du règlement de base antidumping, permet aux entreprises de pays n'ayant pas une économie de marché mais membres de l'OMC, ainsi qu'aux entreprises de Chine, du Viet Nam et du Kazakhstan, de voir leur marge de dumping calculée sur la base de leurs propres données économiques et d'obtenir un droit individuel.

⁷³ Article 2, paragraphe 7, du règlement de base antidumping.

⁷⁴ Article 17 du règlement de base antidumping.

⁷⁵ Point 37 de l'arrêt.

⁷⁶ Points 38 et 39 de l'arrêt.

du dumping à un échantillon. Cette jurisprudence a été confirmée par un autre arrêt de la Cour, prononcé le 15 novembre 2012⁷⁷.

Le second arrêt, du 19 juillet 2012, prononcé par la grande chambre de la Cour dans l'affaire *Zhejiang Xinan*⁷⁸, a apporté des clarifications concernant les règles applicables à l'octroi du SEM (en l'occurrence à des entreprises chinoises). Dans cet arrêt, qui a confirmé l'arrêt du Tribunal sous pourvoi⁷⁹, la Cour a précisé que le contrôle étatique d'une entreprise par l'État chinois n'équivalait pas automatiquement à une « intervention significative de l'État », au sens de l'article 2, paragraphe 7, sous c), premier tiret du règlement de base antidumping (ce qui avait justifié, en l'espèce, le refus d'octroi du SEM à la requérante). Le Conseil et la Commission ont ainsi l'obligation de tenir compte des éléments de preuve, apportés par le producteur concerné, relatifs au contexte factuel, juridique et économique concret dans lequel celui-ci opère⁸⁰. La Cour souligne que « l'intervention » de l'État (terme impliquant une « ingérence effective » de l'État et pas seulement une influence) doit être « significative » et porter sur les prix et les coûts des intrants⁸¹. L'interprétation par la Cour de la réglementation antidumping permet ainsi une certaine intervention de l'État dans les décisions des entreprises chinoises et renforce l'obligation de diligence qui pèse sur les institutions en cas de refus du SEM.

D'autres arrêts, dont la portée est toutefois moins systémique, méritent d'être mentionnés concernant l'interprétation des règlements de base. Ainsi, le Tribunal dans l'affaire *Dow Chemical*⁸² a précisé, pour la première fois, ce qu'il fallait entendre par « continuation du dumping » dans le cadre des réexamens des mesures antidumping arrivant à expiration⁸³, en relevant que le Conseil avait commis une erreur à cet égard. En particulier, le Tribunal a considéré que la notion de « continuation du dumping » recouvrait le dumping dont fait l'objet le produit concerné en provenance d'un pays tiers et pas seulement le dumping pratiqué par certaines entreprises⁸⁴. Dans le cas d'espèce, le Tribunal a relevé que la grande majorité des importations d'éthanolamines

⁷⁷ C.J., 15 novembre 2012, *Zhejiang Aokang Shoes/Conseil*, C-247/10 P, non encore publié au Rec.

⁷⁸ C.J., 19 juillet 2012, *Conseil/Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group*, C-337/09 P, non encore publié au Rec.

⁷⁹ Trib., 7 juin 2009, *Zhejiang Xinan Chemical Group Industrial/Conseil*, T-498/04, Rec., p. II-1969.

⁸⁰ Point 78 de l'arrêt de la Cour.

⁸¹ Points 79 à 81 de l'arrêt de la Cour.

⁸² Trib., 8 mai 2012, *Dow Chemical/Conseil*, T-158/10, non encore publié au Rec.

⁸³ Les mesures antidumping expirent normalement cinq ans après leur institution, à moins qu'il n'ait été établi lors d'un réexamen que l'expiration de la mesure favoriserait la continuation ou la réapparition du dumping et du préjudice.

⁸⁴ Point 44 de l'arrêt. Pour un commentaire de cette question traitée par l'arrêt, voy. D. JIANG, « A Non-Dumping Producer Might Be Exempt from the Antidumping Duties in EU Expiry Review », *E.J.R.R.*, 2012/4, pp. 615-619.

originaires des États-Unis, à savoir plus de 85 % en volume, avaient été réalisées sans dumping. Selon le Tribunal, le Conseil n'aurait donc pas pu arriver à la conclusion que le dumping avait perduré pendant la période d'enquête de réexamen, ni qu'il existait une probabilité de continuation du dumping⁸⁵. Par ailleurs, dans l'affaire *Marine Harvest*⁸⁶, le Tribunal a souligné que, en application de l'article 1^{er}, paragraphe 4, et de l'article 4, paragraphe 1, du règlement de base, l'industrie communautaire devait être constituée par les producteurs du produit similaire⁸⁷, en l'occurrence du saumon d'élevage (autre que sauvage), en filet ou non, frais, réfrigéré ou congelé. Sur cette base, le Tribunal constate que les institutions n'auraient pas dû exclure de la définition de l'industrie communautaire les producteurs de filets de saumon⁸⁸.

Deuxièmement, plusieurs arrêts ont concerné la mise en œuvre, par les institutions, des règlements de base. Ces arrêts ont apporté certaines précisions quant aux limites du pouvoir d'appréciation dont disposent les institutions, ainsi qu'à l'intensité du contrôle du juge. Il faut rappeler ici que, dans le domaine de la politique commerciale commune, et tout particulièrement en matière de mesures de défense commerciale, les institutions de l'Union disposent normalement d'un large pouvoir d'appréciation en raison de la complexité des situations économiques, politiques et juridiques qu'elles doivent examiner⁸⁹. Dès lors, le contrôle juridictionnel doit être limité à la vérification du respect des règles de procédure, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir⁹⁰. Ce contrôle juridictionnel limité n'empêche pas, pour autant, le juge de l'Union de contrôler l'action des institutions⁹¹. Ce qu'il a fait à plusieurs reprises au cours de la période

⁸⁵ Point 45 de l'arrêt.

⁸⁶ Précitée à la note de bas de page n° 37.

⁸⁷ Le produit similaire a été défini, en l'espèce, par rapport au produit concerné par l'enquête, dès lors que le saumon d'élevage produit et vendu dans l'Union par l'industrie communautaire présentait les mêmes caractéristiques physiques essentielles et était destiné aux mêmes usages que le saumon norvégien (voy. point 51 de l'arrêt).

⁸⁸ Point 59 de l'arrêt. Cette conclusion rejoint celle du groupe spécial dans l'affaire traitée par l'ORD, précitée à la note de bas de page n° 37.

⁸⁹ Voy., notamment, C.J., 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale*, C-351/04, *Rec.*, p. I-7723, point 40, et C.J., 11 février 2010, *Hoesch Metals and Alloys*, C-373/08, *Rec.*, p. I-951, point 61.

⁹⁰ Voy., notamment, C.J., 16 février 2012, *Conseil/Interpipe Niko Tube et Interpipe NTRP*, C-191/09 P et C-200/09 P, non encore publié au *Rec.*, point 63.

⁹¹ En particulier, la jurisprudence rappelle que, lorsque les institutions disposent d'un large pouvoir d'appréciation, le respect des garanties conférées par l'ordre juridique de l'Union dans les procédures administratives revêt une importance d'autant plus fondamentale et que, parmi ces garanties, figure, notamment, l'obligation, pour l'institution compétente, d'examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce (voy. C.J., *Zhejiang Xinan Chemical Group Industrial/Conseil*, précité note de bas de page n° 79, point 106).

récente, notamment en matière antidumping, qu'il s'agisse de la détermination du dumping ou de la détermination du préjudice.

S'agissant de la détermination du dumping, la Cour a retenu, dans l'affaire *Grünwald*⁹², qui concernait des importations de certains agrumes préparés ou conservés originaires de Chine, que les institutions n'avaient pas examiné avec toute la diligence⁹³ requise les informations dont elles disposaient, parmi lesquelles figuraient les statistiques d'Eurostat, aux fins de rechercher si un pays analogue pouvait être retenu aux fins de déterminer la valeur normale sur la base du prix ou de la valeur construite dans un pays tiers à économie de marché⁹⁴. Par ailleurs, la Cour a confirmé⁹⁵, sur pourvoi, l'annulation prononcée par le Tribunal⁹⁶ dans l'affaire *Interpipe*. Le Tribunal avait considéré, à juste titre selon la Cour, que les institutions avaient commis une erreur manifeste d'appréciation en opérant un ajustement du prix à l'exportation pratiqué par une société liée (au producteur) établie en Suisse. L'ajustement en cause visait à déduire un montant correspondant à la commission qu'un agent travaillant sur la base de commissions aurait perçue. Le Tribunal, se fondant sur la notion « d'entité économique unique » et sur le fait qu'une telle entité faisait défaut en l'espèce, avait considéré que les institutions ne pouvaient pas opérer ledit ajustement⁹⁷. En outre, dans l'affaire *Fiskeri*⁹⁸, le Tribunal a relevé que les institutions avaient violé l'article 9, paragraphe 4, du règlement de base antidumping, qui prévoit la possibilité d'imposer un « droit moindre »⁹⁹, en

⁹² C.J., 22 mars 2012, *GLS*, C-338/10, non encore publié au *Rec.* Pour un commentaire de cet arrêt, voy. B. NASTOLL, « EU Anti-Dumping Law, imports from China and treatment of non-market economy countries : Brosmann, Grünwald and Zhejiang Xinan », précité à la note de bas de page n° 71, et L. IDOT, *Europe*, n° 5, mai 2012, comm. 225.

⁹³ L'obligation de diligence qui pèse sur les institutions a déjà conduit le juge de l'Union à annuler des réglementations imposant des mesures antidumping (voy., notamment, Trib., 13 juillet 2006, Shandong Reipu Biochemicals/Conseil, T-413/03, *Rec.*, p. II-2243).

⁹⁴ Points 30 et 36 de l'arrêt. Il convient de rappeler que, pour les pays n'ayant pas d'économie de marché, ainsi que pour la Chine (sauf dérogation liée à l'octroi du SEM), la valeur normale est en principe déterminée sur la base du prix ou de la valeur construite dans un pays tiers à économie de marché (dit « pays analogue »). Dans cette affaire, les institutions avaient écarté l'utilisation d'un pays analogue au motif qu'elles avaient sollicité, sans succès, la coopération de deux sociétés thaïlandaises. La Cour relève qu'il existait, pendant les années pertinentes, des importations non insignifiantes dans l'Union des produits concernés et provenant de pays tiers à économie de marché (en l'occurrence Israël, le Swaziland, la Turquie et la Thaïlande). Il incombait dès lors à la Commission d'examiner d'office si l'un de ces pays pouvait constituer un pays analogue au sens du règlement de base (point 34 de l'arrêt).

⁹⁵ C.J., 16 février 2012, *Conseil et Commission/Interpipe Niko Tube et Interpipe NTRP*, C-191/09 P et C-200/09 P, non encore publié au *Rec.*

⁹⁶ Trib., 10 mars 2009, *Interpipe Niko Tube et Interpipe NTRP/Conseil*, T-249/06, *Rec.*, p. II-383.

⁹⁷ Points 177 à 190 de l'arrêt du Tribunal.

⁹⁸ Précitée à la note de bas de page n° 37.

⁹⁹ Cette disposition prévoit que le montant du droit antidumping ne doit pas excéder la marge de dumping établie et devrait être inférieur à cette marge, si ce droit moindre suffit à éliminer le préjudice causé à l'industrie communautaire.

omettant de tenir compte des réductions des marges de dumping individuelles de trois sociétés, ces réductions devant également entraîner une réduction de la marge moyenne pondérée de dumping¹⁰⁰. Enfin, dans l'affaire *Alumina*¹⁰¹, le Tribunal a considéré, en substance, que les institutions avaient commis une erreur en prenant en compte, aux fins de la construction de la valeur normale et, notamment de la marge bénéficiaire de la requérante, des ventes intérieures qui incluaient une prime de risque de 25 %. Le Tribunal a notamment considéré que l'inclusion de cette prime de risque dans le calcul de la marge bénéficiaire établie aux fins de la construction de la valeur normale tenait compte d'un élément ne reflétant pas une partie de la valeur du produit vendu, qui majorait ainsi artificiellement le résultat du calcul de la valeur normale¹⁰².

S'agissant de la détermination du préjudice, le Tribunal a constaté, dans l'affaire *Dow Chemical*¹⁰³, que le Conseil avait commis une erreur manifeste d'appréciation en déterminant les capacités de production inutilisées d'éthanolamines¹⁰⁴ aux États-Unis. En particulier, le Tribunal a retenu que les éléments de preuve avancés par le Conseil pour conclure qu'il existait 60 000 tonnes de capacités de production inutilisées d'éthanolamines aux États-Unis étaient soit incohérents, soit en contradiction avec des éléments pertinents devant être pris en considération¹⁰⁵. Ces capacités de production inutilisées avaient notamment permis aux institutions de conclure à l'existence d'une probabilité de réapparition du préjudice et de proroger les mesures antidumping en cause. De même, une erreur manifeste d'appréciation a été retenue par le Tribunal dans l'affaire *Kazchrome*¹⁰⁶. Le Tribunal a notamment considéré, en substance, qu'il n'était pas justifié, en l'espèce, pour calculer la « sous-cotation » des produits importés, que les institutions ajustent (à la baisse) les prix à l'exportation en déduisant les coûts de transport intervenus entre le point d'entrée sur le territoire de l'Union et le port de dédouanement¹⁰⁷.

Troisièmement, certains arrêts ont abordé la question des garanties conférées aux opérateurs dans le cadre des procédures administratives et, en particulier, le respect des droits de la défense. Le juge de l'Union a rappelé, à cet égard,

¹⁰⁰ Point 55 de l'arrêt.

¹⁰¹ Trib., 30 avril 2013, *Alumina/Conseil*, T-304/11, non encore publié au *Rec*. Cet arrêt fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour (affaire C-393/13).

¹⁰² Point 38 de l'arrêt.

¹⁰³ Précitée à la note de bas de page n° 82.

¹⁰⁴ Le produit faisant l'objet des droits antidumping soumis à réexamen.

¹⁰⁵ Point 59 de l'arrêt. Pour un commentaire de cette question traitée par l'arrêt, voy. S. Rozet, *Europe*, n° 7, juillet 2012, comm. 285.

¹⁰⁶ Trib., 30 novembre 2011, *Transnational Company « Kazchrome » et ENRC Marketing/Conseil et Commission*, T-107/08, *Rec.*, p. II-8051.

¹⁰⁷ Points 50 à 71 de l'arrêt.

que le respect des droits de la défense revêt une importance capitale dans les procédures d'enquêtes antidumping¹⁰⁸. Ce principe a notamment été appliqué par le Tribunal dans les affaires *Zhejiang Xinshiji* et *Zhejiang Harmonic*. Dans l'affaire *Zhejiang Xinshiji*¹⁰⁹, le Tribunal constate que des tableaux fournis à la requérante durant la procédure administrative contenaient des données contradictoires et retient, sur cette base, une violation des droits de la défense¹¹⁰. Dans l'affaire *Zhejiang Harmonic*¹¹¹, le Tribunal relève que les institutions ont méconnu les dispositions de l'article 20, paragraphe 5, du règlement de base, en impartissant aux parties un délai inférieur à dix jours pour transmettre leurs observations sur le document d'information finale¹¹², cette violation ayant eu une incidence concrète sur leurs droits de la défense¹¹³.

Quatrièmement, enfin, le Tribunal est revenu sur les liens qui existent entre le droit de l'Union et les règles de droit international, en particulier celles découlant des accords OMC¹¹⁴. Dans l'affaire *Rusal*, le Tribunal a accueilli l'exception d'illégalité soulevée par la requérante à l'encontre de l'article 2, paragraphe 7, du règlement de base antidumping, dans la mesure où ledit article

¹⁰⁸ Voy., notamment, C.J., *Conseil/Interpipe Niko Tube et Interpipe NTRP*, précité à la note de bas de page n° 90, point 77.

¹⁰⁹ Trib., 17 février 2011, *Zhejiang Xinshiji Foods et Hubei Xinshiji Foods/Conseil*, T-122/09, non publié au *Rec.* Cette affaire mettait en cause le règlement (C.E.) n° 1355/2008 du Conseil, du 18 décembre 2008, instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains agrumes préparés ou conservés (mandarines, etc.) originaires de la République populaire de Chine (*J.O.* L 350, p. 35) qui a, par la suite, été déclaré invalide par la Cour dans l'affaire *Grünwald* (précitée à la note de bas de page n° 92).

¹¹⁰ Points 75 à 93 de l'arrêt. Relevons par ailleurs que, dans cet arrêt, le Tribunal souligne qu'une personne physique ou morale peut utilement invoquer la violation d'une règle régissant le processus décisionnel aboutissant à l'adoption d'un acte de l'Union (en l'occurrence une règle relative à la consultation du comité antidumping). Il faut toutefois que cette règle présente un caractère suffisamment substantiel et affecte, de façon préjudiciable, la situation juridique et matérielle de la partie qui invoque un vice de procédure (ce qui n'était pas le cas en l'espèce) (points 103 et 104 de l'arrêt).

¹¹¹ Trib., 8 novembre 2011, *Zhejiang Harmonic Hardware Products/Conseil*, T-274/07, non publié au *Rec.*

¹¹² Point 73 de l'arrêt. Ce document d'information finale reprend les faits et considérations essentiels sur la base desquels il est envisagé de recommander l'institution de mesures définitives ou la clôture d'une enquête ou d'une procédure sans institution de mesures.

¹¹³ Point 89 de l'arrêt. L'arrêt du Tribunal est à rapprocher de C.J., 1^{er} octobre 2009, *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Conseil*, C-141/08 P, *Rec.*, p. I-9147.

¹¹⁴ Il faut rappeler ici que l'accord instituant l'OMC et les accords et mémorandums repris dans ses annexes ne figurent pas, en principe, parmi les normes au regard desquelles le juge de l'Union contrôle la légalité des actes des institutions de l'Union. Toutefois, dans l'hypothèse où l'Union a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC, ou dans l'occurrence où l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises des accords et des mémorandums figurant dans les annexes de l'accord instituant l'OMC, il appartient au juge de l'Union de contrôler la légalité de l'acte en cause au regard des règles de l'OMC. Tel est le cas de la réglementation antidumping qui a notamment pour objet de transposer dans le droit communautaire les règles nouvelles et détaillées contenues dans l'accord antidumping, au rang desquelles figurent, en particulier, celles relatives au calcul de la marge de dumping (voy. notamment arrêt C.J., *Petrotub et Republica*, précité à la note de bas de page n° 22, points 53 à 56).

retient que l'Arménie est un pays dépourvu d'une économie de marché (et permet l'application d'un régime dérogatoire pour le calcul de la valeur normale), alors même que ce pays, qui est désormais membre de l'OMC, ne répond pas aux critères énoncés dans la deuxième disposition additionnelle au paragraphe 1 de l'article VI du GATT. Cette disposition permet d'utiliser un régime dérogatoire au calcul de la valeur normale dans le cas d'importations en provenance « d'un pays dont le commerce fait l'objet d'un monopole complet ou presque complet et où tous les prix intérieurs sont fixés par l'État ». Le Tribunal relève que, ni le règlement attaqué ni l'argumentation du Conseil ne tendent à soutenir que l'Arménie répond aux critères énoncés dans cette disposition¹¹⁵. Dès lors, le Tribunal déclare inapplicable, en vertu de l'article 277 TFUE, l'article 2, paragraphe 7, sous a), du règlement de base antidumping¹¹⁶. Le Tribunal en tire pour conséquence¹¹⁷ que le règlement attaqué a mis en œuvre une méthode de calcul de la valeur normale incompatible avec les articles 2.1 et 2.2 de l'accord antidumping¹¹⁸ et avec la deuxième disposition additionnelle au paragraphe 1 de l'article VI du GATT en enfreignant également l'article 2, paragraphes 1 à 6, du règlement de base¹¹⁹. Cet arrêt est novateur à, au moins, deux égards. Tout d'abord, le Tribunal annule – pour la première fois – une réglementation imposant des mesures de défense commerciale en raison d'une contradiction entre le règlement de base et les règles de l'OMC¹²⁰. Ensuite, le Tribunal accueille – également pour la première fois – une exception d'illégalité dirigée à l'encontre d'un règlement de base en matière de défense commerciale, sur le fondement d'une contradiction avec les règles internationales¹²¹.

Ces différents arrêts prononcés par le juge de l'Union, tant par leur nombre que par les motifs retenus, montrent que celui-ci procède à un contrôle réel

¹¹⁵ Point 57 de l'arrêt.

¹¹⁶ Point 60 de l'arrêt.

¹¹⁷ Point 61 de l'arrêt.

¹¹⁸ Articles qui concernent le calcul de la valeur normale.

¹¹⁹ Ces dispositions reprennent, au niveau de la réglementation de l'Union, les articles 2.1 et 2.2 de l'accord antidumping OMC.

¹²⁰ Dans l'affaire *Petrotub*, précitée à la note de bas de page n° 22, la Cour avait annulé le règlement en cause pour une violation de l'obligation de motivation, découlant des traités, lue à la lumière des règles de l'OMC. La Cour s'était donc appuyée sur une violation d'une règle de droit interne pour annuler la réglementation en cause.

¹²¹ Dans l'affaire *Nakajima*, précitée à la note de bas de page n° 21, une exception d'illégalité avait été invoquée par la requérante mais elle avait été rejetée par la Cour. Relevons également que le Tribunal a déjà accueilli une exception d'illégalité à l'encontre d'une réglementation de portée générale pour contradiction avec les règles internationales, mais dans un autre contexte (invocation de la convention de Aarhus). Voy., Trib., 14 juin 2012, *Vereniging Milieudéfensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht/Commission*, T-396/09, non encore publié au *Rec*. Cet arrêt fait actuellement l'objet de plusieurs pourvois devant la Cour (affaires C-401/12, C-402/12 et C-403/12). Pour un commentaire de cet arrêt, voy., J.-F. DELILE, « À propos de l'arrêt *Vereniging Milieudéfensie* : la seconde naissance de l'invocabilité *Nakajima* », *C.D.E.*, 2012/3, pp. 687-708.

des actes des institutions en matière de défense commerciale. Ce contrôle réel est d'autant plus important qu'il engendre, en pratique, des effets notables au niveau de l'Union.

B. *Les effets notables du contrôle du juge de l'Union en matière de défense commerciale*

La décision du juge de l'Union mettant fin à l'instance peut avoir des conséquences sur la réglementation en cause ou sur la pratique des institutions. En particulier, lorsque le juge de l'Union prononce l'annulation d'un acte, celui-ci est déclaré nul et non avenu¹²². Par ailleurs, l'institution, l'organe ou l'organisme dont émane l'acte annulé est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt¹²³. La décision constatant l'invalidité d'un acte, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, produit des effets similaires.

La période récente du contentieux en matière de défense commerciale est riche d'enseignements quant aux effets du contrôle opéré par le juge de l'Union. Cela est dû, en grande partie, au nombre important d'annulations ou d'invalidations prononcées sur cette période. Mais, surtout, certaines des annulations ou invalidations prononcées ont une portée qui dépasse la simple résolution du litige en cause.

L'affaire *Brosmann*¹²⁴ est emblématique à cet égard. On rappellera que, dans cette affaire, la Cour a considéré que le règlement de base antidumping faisait obligation à la Commission de se prononcer sur les demandes de SEM déposées par les entreprises visées par les enquêtes antidumping, alors même qu'elle avait limité l'examen du dumping à un échantillon. Dans ce contexte, la Commission a proposé une modification du règlement de base antidumping¹²⁵, qui a été adoptée (avec quelques adaptations) le 12 décembre 2012 par le Parlement et le Conseil¹²⁶. La modification apportée prévoit que, lorsque la Commission a décidé de limiter son examen par le biais d'un échantillon, les décisions relatives à l'octroi du SEM seront limitées aux parties prises en compte dans cet échantillon (principe qui n'était pas clairement établi auparavant et avait

¹²² Article 264 TFUE. Cette disposition prévoit également que la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs.

¹²³ Article 266 TFUE.

¹²⁴ Précitée à la note de bas de page n° 71.

¹²⁵ Proposition du 8 juin 2012, COM(2012) 270 final.

¹²⁶ Règlement (UE) n° 1168/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2012, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne (*J.O.* L 334, p. 1).

conduit les juridictions de l'Union à sanctionner la pratique de la Commission). La modification précise également que la décision relative à ces demandes de SEM doit être prise dans un délai, en principe, de sept mois ou qui n'excède pas, en tout état de cause, huit mois à compter de l'ouverture de l'enquête¹²⁷. Une telle modification du règlement de base, consécutive à un arrêt des juridictions européennes, est très rare en pratique¹²⁸. Elle est en tout cas illustrative de la volonté des institutions, lorsque celles-ci estiment que l'interprétation retenue par le juge de l'Union pourrait entraîner des effets importants sur leur pratique¹²⁹, de modifier, le cas échéant, la réglementation de base.

Cette modification du règlement de base est à rapprocher de celle opérée, récemment aussi, par les institutions pour tenir compte de la condamnation retentissante de l'Union à l'OMC dans l'affaire des « éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine »¹³⁰. Dans cette affaire, l'ORD a considéré que l'article 9, paragraphe 5, du règlement de base antidumping, était incompatible avec les règles de l'OMC. Cette disposition prévoyait que les importations des pays à commerce d'État et par ailleurs, notamment, de Chine, faisaient l'objet, en principe, d'un droit antidumping imposé pour l'ensemble du pays sauf pour les entreprises concernées à demander à bénéficier d'un « traitement individuel »¹³¹. Ce traitement individuel reposait sur plusieurs critères permettant de démontrer une certaine indépendance vis-à-vis de l'État. L'Organe d'appel a tout d'abord relevé que ce traitement dérogatoire à l'imposition normale des droits antidumping n'était pas couvert par les dérogations contenues dans le protocole d'accession de la Chine à l'OMC¹³². Ensuite, l'Organe d'appel a considéré que l'article 9, paragraphe 5, du règlement de base antidumping était incompatible avec les règles de l'OMC, dans la mesure où il subordonnait la détermination de marges de dumping individuelles et l'imposition de

¹²⁷ Délai qui est plus long que le délai de trois mois qui était initialement repris dans le règlement de base. Notons toutefois que, dans sa proposition de modification du règlement de base (précitée à la note de bas de page n° 125), la Commission proposait de supprimer purement et simplement ce délai (point 1 de l'exposé des motifs, p. 3).

¹²⁸ La dernière modification en date (2003) faisait suite à l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Eurocoton* (voy. note de bas de page n° 13).

¹²⁹ Dans sa proposition de modification du règlement de base (précitée à la note de bas de page n° 125), la Commission indiquait ainsi que la pratique qui résulterait de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Brosmann* « ferait peser une charge administrative disproportionnée sur les autorités d'enquête de l'Union » (point 1 de l'exposé des motifs, p. 2).

¹³⁰ Affaire WT/DS397. La décision de l'ORD a été adoptée le 28 juillet 2011.

¹³¹ Le traitement individuel permet de tenir compte des prix à l'exportation d'une entreprise (la valeur normale faisant, quant à elle, toujours l'objet d'un traitement dérogatoire sauf si un SEM a été octroyé) et de fixer un droit antidumping spécifique sur les exportations des produits fabriqués par l'entreprise concernée.

¹³² Notamment la section 15 a) du protocole d'accession. Voy. le point 288 du rapport de l'Organe d'appel. Cette section 15 a) est en revanche pertinente s'agissant du traitement dérogatoire du calcul de la valeur normale.

droits antidumping individuels au respect des critères énoncés dans cette disposition¹³³. L'Organe d'appel a notamment relevé que, en principe, il peut y avoir des situations dans lesquelles des exportateurs théoriquement distincts peuvent être considérés comme une entité unique aux fins de la détermination de marges de dumping et de droits antidumping individuels, mais que les critères énoncés à l'article 9, paragraphe 5, du règlement de base antidumping ne visaient pas à un tel examen¹³⁴. Dans ce contexte, la Commission a présenté une proposition de modification du règlement de base antidumping¹³⁵, qui a été adoptée le 13 juin 2012 par le Parlement et le Conseil¹³⁶. Les institutions relèvent, en substance, que l'Organe d'appel de l'OMC ne s'est pas opposé à l'application d'un droit unique à plusieurs exportateurs, dès lors qu'ils peuvent être traités comme une entité économique unique (notamment compte tenu du rôle de l'État sur la structure ou sur l'activité des sociétés concernées). La nouvelle disposition prévoit désormais que des fournisseurs qui sont juridiquement distincts d'autres fournisseurs ou qui sont juridiquement distincts de l'État peuvent néanmoins être considérés comme une entité unique aux fins de la détermination du droit antidumping. À cette fin, il peut être tenu compte de facteurs tels que l'existence de liens, au niveau de la société ou sur le plan de la structure, entre les fournisseurs et l'État ou entre fournisseurs, le contrôle ou l'influence importante de l'État en ce qui concerne les prix et la production, ou encore la structure économique du pays fournisseur. La modification adoptée devrait permettre aux institutions de continuer à vérifier les liens qui peuvent exister entre les sociétés concernées et l'État (notamment chinois).

En dehors des modifications du règlement de base, qui restent normalement très rares en pratique (même si cela s'est produit à deux reprises en 2012), les institutions ont tenu compte des annulations ou invalidations prononcées par le juge de l'Union dans le cadre des procédures administratives concernées par les litiges.

Ainsi, notamment, pour tenir compte de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Interpipe*¹³⁷, la Commission a proposé au Conseil¹³⁸ une modification des droits antidumping imposés à la requérante, ceux-ci passant de 25,1 % à 13,8 %. S'agissant des suites de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Dow*

¹³³ Point 385 du rapport de l'Organe d'appel.

¹³⁴ Point 382 du rapport de l'Organe d'appel.

¹³⁵ Proposition du 7 février 2012, COM(2012) 41 final.

¹³⁶ Règlement (UE) n° 765/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 13 juin 2012, modifiant le règlement (CE) n° 1225/2009 du Conseil relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne (*J.O. L 237*, p. 1).

¹³⁷ Précitée à la note de bas de page n° 95.

¹³⁸ Proposition du 30 juillet 2012, COM(2012) 424 final.

*Chemical*¹³⁹, les institutions ont finalement décidé de clôturer la procédure de réexamen antidumping sans imposer de droits¹⁴⁰. Dans l'affaire *Grünwald*¹⁴¹, les institutions ont rouvert partiellement la procédure¹⁴² et ont soumis, entre-temps, les importations en cause à enregistrement¹⁴³. La procédure a également été rouverte dans l'affaire *Zhejiang Xinshiji*¹⁴⁴, qui portait sur les mêmes produits que ceux visés par l'affaire *Grünwald*, et qui avait conduit le Tribunal à annuler la réglementation en cause, s'agissant de la requérante, pour violation des droits de la défense. Ces réouvertures de procédure ont conduit à une réimposition des droits antidumping sur les produits concernés¹⁴⁵. Enfin, l'affaire *Brosmann*¹⁴⁶, qui a entraîné une modification du règlement de base comme indiqué précédemment, a également eu des suites au niveau de la procédure administrative. La Commission a ainsi décidé de vérifier si les conditions d'une économie de marché prévalaient pour les producteurs-exportateurs concernés. Elle a également invité les parties potentiellement intéressées par cette évaluation à se faire connaître¹⁴⁷.

Dans un autre contexte, la décision de l'ORD sur les « éléments de fixation en fer ou en acier en provenance de Chine »¹⁴⁸ a aussi eu des répercussions au niveau de la procédure administrative. La Commission a ainsi publié, tout d'abord, le 6 mars 2012, un avis concernant les mesures en vigueur sur le produit concerné par la décision de l'ORD¹⁴⁹. Dans cet avis, la Commission indiquait son intention de réexaminer l'imposition des mesures en cause à la lumière des recommandations de l'ORD¹⁵⁰. Ce réexamen a conduit à une

¹³⁹ Précitée à la note de bas de page n° 103.

¹⁴⁰ Règlement d'exécution (UE) n° 285/2013 du Conseil, du 21 mars 2013, clôturant la réouverture partielle de l'enquête antidumping concernant les importations d'éthanolamines originaires des États-Unis d'Amérique et clôturant le réexamen effectué au titre de l'expiration des mesures en application de l'article 11, paragraphe 2, ainsi que le réexamen intermédiaire partiel en application de l'article 11, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1225/2009 (*J.O.* L 86, p. 1).

¹⁴¹ Précitée à la note de bas de page n° 92.

¹⁴² Avis publié au *J.O.* C 175, p. 19.

¹⁴³ Règlement (UE) n° 572/2012 de la Commission, du 28 juin 2012, soumettant à enregistrement certains agrumes préparés ou conservés (mandarines, etc.) originaires de la République populaire de Chine (*J.O.* L 169, p. 50).

¹⁴⁴ Précitée à la note de bas de page n° 109. L'avis de réouverture de procédure a été publié le 3 décembre 2011 au *J.O.* C 353, p. 15.

¹⁴⁵ Règlement d'exécution (UE) n° 158/2013 du Conseil, du 18 février 2013, réinstituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains agrumes préparés ou conservés (mandarines, etc.) originaires de la République populaire de Chine (*J.O.* L 49, p. 29).

¹⁴⁶ Précité à la note de bas de page n° 71.

¹⁴⁷ Avis de la Commission publié le 11 octobre 2013 au *J.O.* C 295, p. 6.

¹⁴⁸ Précitée à la note de bas de page n° 130.

¹⁴⁹ *J.O.* C 66, p. 29.

¹⁵⁰ Dans cette affaire, l'Union avait été condamnée pour des motifs supplémentaires de ceux relatifs à l'article 9, paragraphe 5, du règlement de base.

modification, le 4 octobre 2012, des droits imposés initialement¹⁵¹. En particulier, un traitement individuel a été accordé à un producteur exportateur chinois qui n'avait pas bénéficié de ce traitement lors de la procédure initiale. Ensuite, la Commission a publié, le 23 mars 2012, un avis relatif à la décision de l'ORD¹⁵², avis qui va au-delà du produit concerné par la décision de l'ORD. Dans cet avis, la Commission invite les producteurs exportateurs étrangers à demander un réexamen¹⁵³, s'ils considèrent que leur situation devrait être révisée à la lumière des considérations de l'ORD.

Conclusion

L'activité contentieuse récente en matière de défense commerciale montre que le contrôle du juge de l'Union est effectif et qu'il s'inscrit dans un contexte où le volume des affaires introduites a tendance à s'accroître. La période récente montre également que les institutions ont dû faire face à des annulations ou invalidations, prononcées par le juge de l'Union, ayant une incidence dépassant la simple résolution des litiges en cause. Il en va de même s'agissant de certaines condamnations prononcées dans le cadre de l'OMC. Dans tous les cas, les institutions ont modifié, le cas échéant, les règlements de base en matière de défense commerciale, notamment en matière antidumping.

La conjonction de ces différents événements, sur une courte période, est suffisamment rare pour la souligner. L'avenir dira s'il s'agit d'une tendance de fond ou s'il s'agissait d'une période exceptionnelle. L'analyse de cette période d'activité permet, en tout cas, de tirer deux conclusions. Premièrement, les parties concernées par les mesures de défense commerciale peuvent faire valoir pleinement leurs droits devant le juge de l'Union. Deuxièmement, il existe un accroissement potentiel du contentieux en matière de défense commerciale. Si cet accroissement se confirme, le juge de l'Union devra en tenir compte afin de gérer, au mieux, les contraintes qui pourraient en résulter.

¹⁵¹ Règlement d'exécution (UE) n° 924/2012 du Conseil, du 4 octobre 2012, modifiant le règlement (CE) n° 91/2009 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains éléments de fixation en fer ou en acier originaires de la République populaire de Chine (*J.O.* L 275, p. 1).

¹⁵² Avis publié au *J.O.* C 86, p. 5.

¹⁵³ Sur la base du règlement (CE) n° 1515/2001, précité à la note de bas de page n° 18.

CHAPITRE 1. LE RÉFÉRÉ : PROBLÉMATIQUES ACTUELLES ET DERNIERS DÉVELOPPEMENTS

Vivien TERRIEN¹

Introduction

Le contentieux de la protection provisoire devant le juge de l'Union européenne a connu ces dernières années de nouveaux défis afin de répondre aux développements, d'une part, de la nature des litiges portés devant lui et, d'autre part, de la jurisprudence en matière de réparation du préjudice. Les éléments essentiels constitutifs de la procédure de référé ont, ainsi, été mis à l'épreuve de la réalité contentieuse.

Si la nature de la procédure de référé (son caractère accessoire et provisoire), et deux conditions relatives à l'appréciation du bien-fondé des demandes (le *fumus boni juris* et la mise en balance des intérêts) sont des notions qui ont trait à la relation du juge des référés avec le juge du fond, en revanche, l'urgence, dernière condition du bien-fondé des demandes, est le propre et la chasse gardée du juge des référés, l'affaire au principal ne venant pas influencer l'appréciation de cette condition. Dans ce cadre, le juge des référés examine si la preuve de l'imminence d'un préjudice grave et irréparable est apportée par la partie requérante.

Or, les développements importants dans la jurisprudence récente ont porté sur ces deux aspects – la relation avec le juge du fond (II) et la détermination d'un préjudice grave et irréparable (III) – faisant évoluer ainsi tant la définition du pouvoir du juge des référés que l'exercice de ce pouvoir. À titre liminaire, il convient de mentionner une évolution institutionnelle en matière de compétence dans le cadre de la protection provisoire (I).

¹ Référendaire auprès du président du Tribunal de l'Union européenne. L'auteur tient à remercier M. Johannes Conrad pour ses précieux conseils, ainsi que M^{mes} Aleksandra Melesko et Stéphanie Mahieu pour leur indéfectible soutien dans la rédaction de cette contribution. Les opinions exprimées dans cet article n'engagent que leur auteur et non l'institution à laquelle il appartient. L'auteur peut être contacté à l'adresse vterrien@post.harvard.edu.

I. – Observation liminaire : la compétence du juge des référés

À la Cour de justice (ci-après la « Cour »), la compétence du juge des référés revient, depuis le 1^{er} novembre 2012, au vice-président de la Cour². À ce jour³, le vice-président de la Cour a rendu cinq ordonnances de référé sur pourvoi et a été saisi directement d'une seule demande en référé.

En ce qui concerne le Tribunal de l'Union européenne (ci-après le « Tribunal »), il convient de noter que, si, depuis le 17 septembre 2013, cette juridiction dispose également d'un vice-président⁴, le président de cette juridiction a cependant conservé cette compétence⁵.

Au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (ci-après le « Tribunal de la fonction publique »), la compétence est exercée par le président de cette juridiction⁶.

II. – La relation entre le juge des référés et le juge du fond

La relation entre le juge des référés et le juge du fond relève souvent d'un exercice d'équilibriste. En effet, saisi d'une demande formée au titre des

² Voy., d'une part, les articles 9*bis* et 39 du Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, annexé aux traités, tel que modifié par le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 (*J.O.* L 228, p. 1) (ci-après le « statut de la Cour ») et, d'autre part, l'article 1^{er}, premier alinéa, de la décision de la Cour de justice du 23 octobre 2012 relative aux fonctions juridictionnelles du vice-président de la Cour (*J.O.* L 300, p. 47). Il doit également être rappelé que, en cas d'empêchement, les compétences du juge des référés peuvent être endossées par un juge remplaçant [voy. article 39, troisième alinéa, du statut de la Cour et article 161, deuxième alinéa, du règlement de procédure de la Cour (*J.O.* L 265, p. 1) et l'article 1^{er}, second alinéa, de la décision de la Cour de justice du 23 octobre 2012 relative aux fonctions juridictionnelles du vice-président de la Cour (précitée)]. Enfin, le vice-président peut déférer une demande formée au titre des articles 278 et 279 TFUE à la Cour [article 161, premier et troisième alinéas du règlement de procédure de la Cour (précitée)].

³ Cette contribution reflète la situation au 31 décembre 2013.

⁴ Voy. la décision relative à l'élection du vice-président du Tribunal (*J.O.* C 313, p. 2).

⁵ Voy., d'une part, l'article 39 du statut de la Cour, lu en combinaison avec l'article 53, premier alinéa, du même protocole et, d'autre part, l'article 105 du règlement de procédure du Tribunal (*J.O.* L 265, p. 1). Il doit également être rappelé que, en cas d'absence ou d'empêchement, les compétences du juge des référés peuvent être endossées par un juge remplaçant [voy., d'une part, l'article 39, troisième alinéa, du statut de la Cour et l'article 106 du règlement de procédure du Tribunal (précité) et, d'autre part, la décision portant désignation du juge remplaçant le président du Tribunal en qualité de juge des référés (*J.O.* C 313, p. 5)].

⁶ Voy., d'une part, l'article 39 du statut de la Cour, lu en combinaison avec l'article 7, premier paragraphe, de l'annexe I du même protocole et, d'autre part, l'article 103, premier paragraphe, du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique (*J.O.* L 162, p. 19). En cas d'absence ou d'empêchement, les compétences du juge des référés peuvent être endossées par un juge remplaçant [voy., d'une part, l'article 39, troisième alinéa, du statut de la Cour et l'article 103 du règlement de procédure du Tribunal de la fonction publique (précité), second paragraphe, et, d'autre part, la décision portant désignation du juge remplaçant le président du Tribunal de la fonction publique en qualité de juge des référés (*J.O.* C 303, p. 2)].

articles 278 et 279 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) la plupart du temps en même temps que l'introduction du recours au principal, le juge des référés est invité à se prononcer sur certains aspects d'un litige qui sont directement liés au traitement du fond de l'affaire, mission qui appartient au juge en charge du principal. Si cette problématique est bien connue en ce qui concerne les limites de l'appréciation du juge des référés en matière de recevabilité du recours au fond⁷ et en matière d'appréciation du bien-fondé de ce recours (*fumus boni juris*)⁸, de récents arrêts ont mis en lumière quelques problématiques liées à deux expressions de la nature intrinsèque de la procédure de référé dans le contexte de l'exercice par le juge des référés de son pouvoir de suspension des effets de l'acte attaqué⁹. Ainsi la première problématique est venue du fait que le juge des référés ne peut protéger, par son action, que le résultat potentiel de la décision que rendra le juge du fond dans l'affaire au principal (A). La seconde provient du fait que cette action ne doit pas mettre en péril le résultat que le juge des référés est censé protéger (B).

A. *Le caractère accessoire*

Garantir la pleine efficacité de la future décision au fond. Par nature, la procédure de référé a un caractère purement accessoire par rapport à la procédure principale sur laquelle elle se greffe et ne vise qu'à garantir la pleine efficacité de la future décision au fond¹⁰.

L'exemple des affaires de gel de fonds. En 2011, le contentieux relatif aux mesures restrictives adoptées par l'Union européenne en rapport avec la situation dans certains États tiers, tels que l'Iran, la Syrie, le Belarus ou encore la Côte d'Ivoire, a connu un afflux subit et substantiel en termes de recours

⁷ Voy. M. JAEGER, « Le référé devant le Tribunal de l'Union européenne : réflexions sur 20 années de jurisprudence », *R.A.E.*, 2009-2010/3, pp. 376-377. Voy., également, Trib. (ord.), 29 août 2013, *Iran Liquefied Natural Gas/Conseil*, T-5/13 R, non publiée au *Rec.*, points 26 et 27.

⁸ Voy. M. JAEGER, « Le référé devant le président du Tribunal de l'Union européenne depuis septembre 2007 », *J.D.E.*, 2010, p. 211, points 86 et 87.

⁹ L'article 278 TFUE pose le principe de l'absence d'effet suspensif des recours formés devant la Cour de justice de l'Union européenne, disposition qui entraîne la reconnaissance d'une présomption de légalité des actes pouvant faire l'objet de recours devant cette institution. Cependant, une atténuation de la rigidité de ce principe est immédiatement apportée par cette disposition, consistant à permettre à ladite cour, si elle estime que les circonstances l'exigent, d'ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué.

¹⁰ Voy., en ce sens, C.J. (ord.), 27 septembre 2004, *Commission/Akzo et Akros*, C-7/04 P(R), *Rec.*, p. I-8739, point 36.

devant le Tribunal¹¹. Cette ampleur sans précédent a été confirmée en 2012¹². La répercussion de ce phénomène sur le contentieux du référé a été immédiate, le nombre de demandes en référé introduites dans cette matière en 2011 se his-sant à la première marche du podium, représentant 25 % des demandes intro-duites¹³. En 2012, 26 % des ordonnances de référé adoptées concernaient des mesures restrictives, faisant de ce domaine le premier en termes de volume¹⁴.

Dans cette matière, le Conseil adopte normalement deux types d'actes : une décision prise au titre de l'article 29 du traité sur l'Union européenne (TUE) et un règlement fondé sur l'article 215 TFUE. Les annexes à ces actes contiennent, notamment, la liste des personnes et des entités faisant l'objet de mesures de gel de fonds. Le recours en annulation vise dès lors, en principe, à obtenir, en ce qui concerne la partie requérante, tant l'annulation du règlement que l'annulation de la décision. Par conséquent, la demande en référé, intro-duite concomitamment au recours en annulation, a pour objectif la suspension de l'exécution de ces deux actes.

1. *La suspension d'un règlement*

Effet de l'annulation du règlement. Aux termes des articles 280 et 264, second alinéa, TFUE, les arrêts du Tribunal ont force exécutoire et le Tribunal – s'il l'estime nécessaire – indique ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs.

Cependant, les effets dans le temps d'un arrêt du Tribunal prononçant l'an-nulation d'un règlement, pour autant qu'il concerne la partie requérante, sont, conformément à l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour, soumis à un régime dérogatoire. Ainsi, les décisions du Tribunal annulant un règlement ne prennent effet qu'à compter de l'expiration du délai de deux mois prévu pour introduire un pourvoi contre la décision de première instance, augmenté du délai de distance de dix jours, à compter de la notification de ladite décision ou,

¹¹ Alors qu'en 2009 et 2010, seules respectivement 7 affaires et 21 affaires avaient été introduites dans cette matière, en 2011, plus de 90 affaires l'ont été, représentant 13 % de l'ensemble des nouveaux recours, soit le second poste le plus important en termes de volume. Voy. le rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne pour l'année 2011, pp. 127, 163 et 198, disponible à l'adresse suivante : <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-03/ra2011_version_integrale_fr.pdf>.

¹² Dans cette matière, 60 affaires ont été introduites, 42 clôturées et 108 étaient encore pendantes. Voy. le rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne pour l'année 2012, p. 153, 190, 192 et 197, disponible à l'adresse suivante : <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_fr_proof_04.pdf>.

¹³ Voy. le rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne pour l'année 2011, *op. cit.*, note 11, p. 207.

¹⁴ Voy. le rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne pour l'année 2012, *op. cit.*, note 12, p. 199.

si un pourvoi a effectivement été introduit dans ce délai, à compter du rejet de celui-ci.

Dès lors, l'annulation d'un règlement n'est pas concomitante au prononcé de l'arrêt. Les effets de l'acte annulé vont ainsi perdurer au moins pendant deux mois après ledit prononcé, et possiblement jusqu'au prononcé de la décision rendue sur pourvoi, procédure dont la durée moyenne est de 15,3 mois¹⁵.

Cette application de la règle des effets différés se retrouve systématiquement dans les arrêts du Tribunal rendus en matière de mesures restrictives et annulant les règlements concernant l'adoption de telles mesures à l'encontre d'un État tiers et dont les annexes contiennent les noms des parties requérantes¹⁶. En effet, il ressort des arrêts de la Cour du 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, et du 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran/Conseil*, que ces actes ont une « nature réglementaire »¹⁷. En outre, dans son arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, la Cour a expressément indiqué qu'une annulation avec effet immédiat du règlement « serait susceptible de porter une atteinte sérieuse et irréversible à l'efficacité des mesures restrictives qu'impose ce règlement »¹⁸. En effet, la partie requérante pourrait éviter que des mesures de gel de fonds puissent encore lui être utilement appliquées en retirant la totalité des fonds pouvant faire l'objet de telles mesures, rendant ainsi sans effet l'adoption par le Conseil d'un nouveau règlement afin de remédier à l'illégalité constatée. Par conséquent, le maintien des effets de ces actes se justifie par la nécessité de donner au Conseil la chance de remédier à l'illégalité constatée en adoptant, le cas échéant, de nouvelles mesures¹⁹.

¹⁵ Rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne pour l'année 2012, p. 108, disponible à l'adresse suivante : <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_fr_proof_04.pdf>.

¹⁶ Voy., p. ex., Trib., 12 novembre 2013, *North Drilling/Conseil*, T-552/10, non publié au *Rec.*, points 30 et 31, Trib., 16 septembre 2013, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a./Conseil*, T-489/10, non encore publié au *Rec.*, point 81, Trib., 6 septembre 2013, *Iran Insurance/Conseil*, T-12/11, non publié au *Rec.*, point 133, Trib., 6 septembre 2013, *Post Bank Iran/Conseil*, T-13/11, non publié au *Rec.*, point 137, Trib., 6 septembre 2013, *Export Development Bank of Iran/Conseil*, T-4/11 et T-5/11, non publié au *Rec.*, point 127, Trib., 6 septembre 2013, *Bank Refah Kargar/Conseil*, T-24/11, non encore publié au *Rec.*, point 87, et Trib., 16 septembre 2011, *Kadio Morokro/Conseil*, T-316/11, non publié au *Rec.*, point 38.

¹⁷ C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.*, p. I-6351, points 241 à 243, et C.J., 16 novembre 2011, *Bank Melli Iran/Conseil*, C-548/09 P, *Rec.*, p. I-11381, point 45.

¹⁸ C.J., 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, C-402/05 P et C-415/05 P, *op. cit.*, note 17, point 373.

¹⁹ *Ibid.*, points 373 à 376. Pour une application de cette approche par le Tribunal, voy., p. ex., Trib., 16 septembre 2013, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a./Conseil*, *op. cit.*, note 16, point 82, Trib., 6 septembre 2013, *Export Development Bank of Iran/Conseil*, *op. cit.*, note 16, point 127, et Trib., 5 février 2013, *Bank Saderat Iran/Conseil*, T-494/10, non encore publié au *Rec.*, point 125.

Effet sur les pouvoirs du juge des référés. Par sa demande de suspension du règlement, la partie requérante dans la procédure de référé cherche à obtenir le dégel provisoire de ses fonds et ressources économiques. Cependant, il ne résulterait pas de l'arrêt au fond une telle levée des mesures de gel de fonds. En effet, l'interdiction continuerait à produire ses effets après le prononcé de la décision dans l'affaire au principal, conformément à l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour.

L'effet de la suspension provisoire correspondrait éventuellement à un effet qui se produirait à une date postérieure à celle du prononcé de l'arrêt, à savoir à l'expiration du délai de pourvoi ou à la date de prononcé de l'arrêt de la Cour rendu sur pourvoi. Or, les pouvoirs du juge des référés du Tribunal cessent à l'adoption de l'arrêt du Tribunal, conformément à l'article 107, paragraphe 3, du règlement de procédure du Tribunal. Dès lors, quelle que soit la date à laquelle les effets recherchés par la partie requérante se produiraient, le juge des référés du Tribunal aura perdu toute compétence *ratione temporis*. En effet, conformément à l'article 60, second alinéa *in fine*, du statut de la Cour, il appartient au juge des référés de la Cour de se prononcer sur l'éventuelle suspension des effets du règlement annulé après le prononcé de cette annulation.

Or, dans la mesure où la procédure de référé revêt un caractère purement accessoire par rapport à la procédure principale sur laquelle elle se greffe, conformément à l'article 107, paragraphe 4, du règlement de procédure du Tribunal, et ne vise qu'à garantir la pleine efficacité de la future décision au fond, l'intérêt de la partie requérante tendant à obtenir, par voie de référé, le dégel provisoire de ses fonds et ressources économiques n'est pas à même d'être protégé par le juge des référés. Par conséquent, la demande de sursis à l'exécution d'un règlement introduite devant le juge des référés du Tribunal est, en l'état actuel du droit, vouée à l'échec²⁰.

Cependant, il ne résulte pas de ce constat la négation de la protection juridictionnelle de la partie requérante. En effet, il ressort simplement de ce constat que cette voie de droit n'est pas la plus appropriée pour obtenir une protection juridictionnelle effective. Ainsi, le juge des référés a attiré l'attention des justiciables sur la complémentarité des voies de droit en indiquant que cette protection juridictionnelle est assurée par une autre voie de droit : « s'agissant du contentieux des mesures de gel de fonds et de ressources économiques, il apparaît donc que la procédure la plus appropriée pour assurer une protection juridictionnelle urgente ait été la procédure accélérée au titre de l'article 76bis

²⁰ Voy., p. ex., Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, T-110/12 R, non encore publiée au *Rec.*, point 40, et Trib. (ord.), 11 mars 2013, *North Drilling/Conseil*, T-552/12 R, non publiée au *Rec.*, points 33, 34 et 37.

du règlement de procédure [du Tribunal], laquelle aurait dû être sollicitée par la requérante par acte séparé lors du dépôt du recours principal »²¹.

Non-application de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour. Il convient de noter que deux récentes décisions du juge de l'Union ont pu conduire à s'interroger sur l'application de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour, aux règlements imposant des mesures restrictives.

Premièrement, dans l'affaire *Akhras/Conseil*²², le président du Tribunal, saisi – notamment – d'une demande de suspension d'un règlement imposant des mesures de gel de fonds à l'égard d'un homme d'affaire syrien, rejeta ladite demande pour défaut d'urgence et ajouta que l'application de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour empêcherait l'immédiateté de la suppression du nom de la partie requérante figurant dans le règlement, rendant ainsi non pertinent l'existence d'un certain *fumus boni juris*²³. À cet égard, la partie requérante introduisit un pourvoi contre cette ordonnance, arguant *inter alia* que l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour ne trouverait pas à s'appliquer dans le cas de tels règlements. Or, dans son ordonnance de référé *Akhras/Conseil* du 19 juillet 2012, rendue sur pourvoi, le président de la Cour a expressément relevé que ces arguments « n'apparais[sai]ent pas dénués de fondement »²⁴, avant de les rejeter dans la mesure où, le défaut d'urgence ayant été constaté, ils étaient inopérants.

Se référant à cette appréciation, la partie requérante dans l'affaire *Persia International Bank/Conseil* soutint que le règlement lui imposant des mesures de gel de fonds se présentait, à son égard, comme une décision prise sous la forme d'un règlement et, par conséquent, l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour ne trouvait pas à s'appliquer. Le Tribunal rejeta cet argument, rappelant que le président de la Cour n'avait pas examiné, de manière détaillée, l'applicabilité de cette disposition aux règlements imposant des mesures restrictives dans la mesure où il s'était borné à constater que, « si les arguments présentés sur ce point par le requérant dans l'affaire C-110/12 P(R) n'apparaissent pas "dénusés de fondement", ils étaient, en revanche, inopérants »²⁵.

Deuxièmement, l'arrêt de la Cour du 23 avril 2013, *Gbagbo/Conseil*, rendu – sur pourvoi – par la grande chambre, a relevé la nature particulière de ces règlements « lesquels s'apparentent, à la fois, à des actes de portée générale

²¹ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, *op. cit.*, note 20, point 43, et Trib. (ord.), 11 mars 2013, *North Drilling/Conseil*, *op. cit.*, note 20, point 40.

²² Trib. (ord.), 12 décembre 2011, *Akhras/Conseil*, T-579/11 R, *Rec.*, p. II-441*.

²³ *Ibid.*, points 40 à 43.

²⁴ C.J. (ord.), C-110/12 P(R), *Akhras/Conseil*, non encore publiée au *Rec.*, point 29.

²⁵ Trib., 6 septembre 2013, *Persia International Bank/Conseil*, T-493/10, non publié au *Rec.*, points 123 à 125.

dans la mesure où ils interdisent à une catégorie de destinataires déterminés de manière générale et abstraite, notamment, de mettre des fonds et des ressources économiques à la disposition des personnes et des entités dont les noms figurent sur les listes contenues dans leurs annexes, et à un faisceau de décisions individuelles à l'égard de ces personnes et entités »²⁶. Faut-il voir dans ces assertions une remise en cause de la nature « réglementaire » de cet acte et, par voie de conséquence, une inapplicabilité de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour ? Une telle interprétation reviendrait, semble-t-il, sur les approches suivies dans les arrêts de la Cour *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, et *Bank Melli Iran/Conseil*, également adoptés par la grande chambre et constituerait un véritable revirement de jurisprudence. Cependant, il convient de relever que l'arrêt *Gbagbo* cite les dispositions de l'arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission* confirmant l'approche du Tribunal selon laquelle ces actes ont une nature hybride, laquelle ne vient pas cependant remettre en question le caractère général de l'acte concerné. Quelle que soit l'interprétation qui sera donnée de ces développements à l'avenir, il est intéressant de se pencher sur les effets de cette éventuelle non-application de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour dans le cadre des demandes de sursis à exécution introduites devant le juge des référés au Tribunal.

Effet de cette non-application sur le contentieux du référé. À supposer que l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour soit inapplicable aux règlements imposant des mesures restrictives, les effets de leur annulation seraient alors soumis au régime général. Or, l'immédiateté de l'annulation rendrait au juge des référés son pouvoir de suspension provisoire de ces règlements. Une telle vision mérite cependant d'être nuancée.

Une non-application de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour ne rendrait peut-être pas au juge des référés son pouvoir de suspension dans le contexte des mesures restrictives. En effet, cette disposition ne s'applique pas aux règlements annulés par la Cour. Cependant, il convient de noter que cette dernière, en évoquant l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*, a ordonné le maintien pour trois mois des mesures de sanction qu'elle venait d'annuler afin, d'une part, de permettre au Conseil de remédier à l'illégalité constatée et, d'autre part, de tenir dûment compte de l'importante incidence des mesures restrictives dont il s'agit sur les droits et libertés des parties requérantes. Ce maintien, prononcé en vertu de l'article 264 TFUE et visant à éviter une atteinte sérieuse et

²⁶ C.J., 23 avril 2013, *Gbagbo e.a./Conseil*, C-478/11 P à C-482/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 56.

irréversible à l'efficacité des mesures restrictives, serait probablement prescrit par le Tribunal dans son arrêt d'annulation sur la même base juridique et pour les mêmes motifs.

En effet, se prononçant sur la possibilité d'étendre le délai pendant lequel l'annulation ne porte pas ses effets au-delà de celui prévu par l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour, le Tribunal estime systématiquement qu'une telle extension n'est pas nécessaire, le risque d'une atteinte sérieuse et irréversible à l'efficacité des mesures de sanction qu'impose le règlement annulé n'apparaissant pas suffisamment élevé, compte tenu de l'importante incidence de ces mesures sur les droits et libertés de la partie requérante²⁷. Il ressort de ces observations que le Tribunal estime cependant que le délai prévu par l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour est au moins nécessaire. Ainsi, dans l'hypothèse où l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour serait à l'avenir déclaré inapplicable, le Tribunal prononcerait selon toutes vraisemblances le maintien des effets de l'acte annulé, en vertu de l'article 264 TFUE, pendant une durée qui pourrait être équivalente à celle prévue à l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour. Dès lors, la possibilité pour le juge du fond d'imposer un effet différé à l'annulation du règlement conduirait le juge des référés au même raisonnement que celui qu'il a suivi en ce qui concerne les suspensions des décisions²⁸.

Il convient néanmoins de noter qu'une situation dans laquelle la non-application de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour rendrait ses pouvoirs au juge des référés du Tribunal pourrait être celle où il ressort des faits de l'espèce que l'inscription par le règlement du nom de la partie requérante sur la liste annexée des personnes faisant l'objet des mesures restrictives est manifestement erronée. Tel pourrait être le cas du fait d'une erreur matérielle sur l'identité d'une personne. Dès lors, l'annulation immédiate de l'acte sur la base duquel l'inscription a été faite pourrait être prononcée par le juge du fond. La perspective d'une telle solution modifierait alors le raisonnement du juge des référés qui, dans toutes autres situations, ne pouvait envisager avec certitude l'immédiateté de l'annulation. Il pourrait ainsi considérer de nouveau une éventuelle suspension, à charge pour la partie requérante de démontrer néanmoins, premièrement, l'existence d'un *fumus boni juris*, deuxièmement, la satisfaction de la condition relative à l'urgence et, troisièmement, que la balance des intérêts penche en sa faveur.

²⁷ Voy., p. ex., Trib., 16 septembre 2013, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a./Conseil*, op. cit., note 16, point 82, Trib., 6 septembre 2013, *Export Development Bank of Iran/Conseil*, op. cit., note 16, point 128, et Trib., 11 juin 2009, *Othman/Conseil et Commission*, T-318/01, *Rec.*, p. II-1627, point 99.

²⁸ Voy. les développements à cet égard, *infra*, p. 348.

Il est, également, permis de s'interroger si, face à la répétition d'annulation avec effets différés, de l'inscription d'un même nom sur une liste pour défaut de motivation, le Conseil pouvant adopter une telle mesure dans l'intervalle qui lui est laissé par le juge après le prononcé de l'annulation, le juge du fond ne bénéficierait pas de cette non-application lui permettant ainsi d'adopter un arrêt d'annulation avec effet immédiat. Le juge des référés pourrait dès lors anticiper une telle solution si elle apparaissait manifeste et retrouver ainsi son pouvoir de prononcer la suspension sollicitée, si celle-ci était justifiée.

Enfin, il ne peut être exclu que des demandes de suspension d'un acte infligeant des mesures restrictives dont les effets interdisent la poursuite d'activités qui, pourtant, bénéficieraient d'une exemption mériteraient d'être examinées par le juge des référés qui, en cas de non-application de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour, pourrait éventuellement prononcer une suspension partielle et conditionnée de l'acte²⁹. En effet, « les dispositions pertinentes des actes de l'Union visant le gel de fonds ou de ressources économiques habilitent les autorités nationales compétentes à autoriser, de manière dérogatoire, le déblocage de certains fonds gelés, lesquels devraient, en principe, permettre [...] de remplir des obligations contractuelles souscrites avant la prise d'effet dudit gel ». Cependant, si la partie requérante réussit à démontrer que tel n'est pas le cas, il conviendrait de laisser une place au juge des référés pour éventuellement intervenir et pallier cette lacune. Or, la stricte application en l'état actuel de la jurisprudence de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour ne le lui permet pas.

2. *La suspension d'une décision*

Annulation de la décision et ses effets. Lorsque le Tribunal annule la décision, pour autant qu'elle concerne la partie requérante, le juge de l'Union a alors la possibilité de déterminer les effets dans le temps de son arrêt d'annulation, conformément à l'article 264, second alinéa, TFUE.

À cet égard, il convient de relever que, aux termes de cette disposition, « la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». Cette formulation semble viser les effets dans le passé et non les effets pour le futur. En effet, la compétence du juge de l'Union apparaît limitée à l'identification du caractère irréversible de certains effets parmi ceux qui ont déjà été engendrés par l'adoption et

²⁹ Pour une affaire où la demande de suspension ne concernait que la possibilité de continuer l'exécution de contrats précédemment conclus, voy. Trib. (ord.), 29 août 2013, *Iran Liquefied Natural Gas/Conseil*, T-5/13 R, non publiée au *Rec.*

l'application de l'acte annulé. Cependant, telle n'est pas l'application qu'en a faite la Cour dans l'arrêt *Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission*. En effet, au lieu d'identifier les effets de l'acte sur lesquels il ne peut y avoir d'annulation, elle a identifié les effets de l'acte qui sont maintenus provisoirement. Ainsi, l'interprétation du second alinéa de l'article 264 TFUE selon la jurisprudence de la Cour revient à transformer le terme « définitif » de cette disposition par le terme « provisoire ». La *ratione legis* de cette disposition qui était l'expression du principe de non-rétroactivité en ce qui concerne l'annulation disparaît au profit d'un autre principe, celui de l'effet différé de l'annulation.

Dans le cadre du contentieux relatif aux mesures restrictives, cette approche permet ainsi au juge du fond de décider s'il convient ou non d'aligner les effets de l'annulation de la décision sur ceux de l'annulation du règlement, jusqu'à ce jour régi par l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour. Il est alors intéressant d'examiner les conséquences de l'existence ou de l'éventuelle absence d'un tel alignement sur les pouvoirs du juge des référés.

Alignement des effets de l'annulation. Systématiquement, le Tribunal aligne les effets de l'annulation de la décision sur les effets de l'annulation du règlement. Cette approche est justifiée par la nécessité de maintenir les effets de cette décision jusqu'à la prise d'effet de l'annulation du règlement, et ce pour des motifs de sécurité juridique. En effet, l'existence d'une différence entre la date d'effet d'annulation du règlement et celle de la décision, pour autant que ces actes concernent la partie requérante, serait susceptible d'entraîner une atteinte sérieuse à la sécurité juridique, lesdits actes infligeant à la requérante des mesures restrictives identiques³⁰.

Dans la mesure où le juge du fond peut décider de différer les effets de l'annulation de la décision de la même manière que l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour lui impose de le faire en cas d'annulation du règlement, alors les mêmes limites s'appliquent aux pouvoirs du juge des référés que celles décrites en cas d'application de la disposition du statut de la Cour. En effet, si le juge des référés faisait droit à la demande de suspension de la décision, le dégel obtenu du fait de cette suspension irait au-delà de ce que la partie requérante peut obtenir en ayant gain de cause dans le cadre de la procédure au principal, du fait de l'alignement par le juge du fond des effets de son arrêt d'annulation tant en ce qui concerne le règlement que la décision.

³⁰ Voy., p. ex., Trib., 12 novembre 2013, *North Drilling/Conseil*, op. cit., note 16, points 32 à 35, Trib., 16 septembre 2013, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines e.a./Conseil*, op. cit., note 16, point 83, Trib., 6 septembre 2013, *Iran Insurance/Conseil*, op. cit., note 16, point 136, Trib., 5 février 2013, *Bank Saderat Iran/Conseil*, op. cit., note 19, point 126, et Trib., 16 septembre 2011, *Kadio Morokro/Conseil*, op. cit., note 16, point 39.

Non-alignement des effets de l'annulation. Si l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour ne laisse aucune marge de manœuvre au juge du fond en ce qui concerne les effets de son arrêt d'annulation, tel n'est pas le cas de l'article 264 TFUE, qui donne toute latitude au juge du fond pour déterminer les effets de son arrêt dans le temps. Dès lors, il ne peut être exclu que la décision soit annulée au jour du prononcé de l'arrêt, alors que le règlement continue à produire ses effets conformément aux principes posés à l'article 60 du statut de la Cour.

Dans cette situation, le juge des référés retrouve sa compétence en ce qui concerne la suspension de la décision qu'il pourrait alors prononcer, les effets de son ordonnance prenant fin le jour de l'adoption de l'arrêt dans l'affaire au principal et les effets de l'arrêt concernant la décision aussi. Ainsi, la suspension de la décision pendant la procédure au principal s'arrête au moment où ladite décision est annulée ou confirmée. Il y a symbiose entre les procédures conformément aux dispositions et à l'esprit qui les gouvernent.

Cependant, le résultat recherché par la partie requérante n'est pas atteint par une telle mesure de suspension. En effet, dans la mesure où le règlement survit – même s'il est annulé – pendant la durée de précaution instaurée par l'article 60 du statut de la Cour, le dégel des fonds n'aura pas lieu du fait même de l'adoption de l'arrêt au fond prononçant l'annulation de la décision avec effet immédiat. Dès lors, le dégel obtenu par la suspension de la décision ne permet pas de préserver les conséquences de l'arrêt au fond si la partie requérante avait gain de cause³¹.

Conclusion sur le caractère accessoire. La question des conséquences du caractère accessoire du sursis à exécution reste pendante. En effet, il ressort de la jurisprudence que, lorsqu'il est conclu que – du fait du caractère accessoire de l'action du juge des référés – il ne peut prononcer la suspension, la demande n'est pas rejetée comme étant irrecevable, voire manifestement irrecevable, mais comme étant non-fondée. L'analyse des conséquences du caractère accessoire est, en effet, effectuée dans le cadre de la mise en balance des intérêts. Dès lors, il est permis de s'interroger sur la possibilité de rejeter de telles demandes immédiatement sur la base de leur recevabilité, ce qui aurait également comme avantages non négligeables, d'une part, de rendre une ordonnance sans qu'il soit nécessaire pour la partie défenderesse d'allouer des ressources pour rédiger des observations sur la demande en référé et, d'autre part, de manière générale, de permettre d'accroître la célérité de l'adoption

³¹ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, *op. cit.*, note 20, point 39.

de l'ordonnance et ainsi ne pas faire durer l'incertitude quant à une possible remise en question de la présomption de légalité dont bénéficient les actes de l'Union.

La seconde question qui mérite d'être posée est celle du caractère satisfaisant de cette approche. En effet, la suppression absolue pour l'ensemble du contentieux relatif aux mesures restrictives d'une voie de droit dont l'objectif est d'apporter au demandeur en référé une protection provisoire peut apparaître comme une solution radicale à des situations dans lesquelles la partie requérante est sujette à une importante atteinte à ses droits fondamentaux. Dès lors, ne faudrait-il pas, premièrement, écarter l'application de l'article 60, second alinéa, du statut de la Cour dans la mesure où l'annexe du règlement listant le nom de la partie requérante semble pouvoir être détachée du règlement lui-même du fait de sa nature décisionnelle, deuxièmement, ne pas automatiquement anticiper, au stade de la procédure en référé, l'application de l'article 264 TFUE par le juge du fond, et plus particulièrement lorsque le juge des référés est en présence d'un *fumus boni juris* particulièrement fort et, troisièmement, envisager la possibilité d'adopter des mesures provisoires et ainsi rendre au juge des référés son pouvoir d'appréciation des situations en tant que cas d'espèce et non plus en tant que catégorie. En suivant ces trois étapes, des situations, telles que l'erreur matérielle sur l'identité de la partie requérante, la répétition des inscriptions par le Conseil du même nom sur la base d'actes non motivés et régulièrement annulés, ou encore la poursuite d'activités qui bénéficiaient d'une exemption des mesures restrictives prises à l'encontre d'un État tiers, pourraient être examinées par le juge des référés au regard des circonstances de l'espèce et éventuellement bénéficier d'un sursis à exécution.

B. *Le caractère provisoire*

Le risque de préjuger de la solution au fond : deux situations. Le caractère provisoire de l'action du juge des référés implique qu'elle ne peut préjuger la décision au fond, en d'autres termes qu'elle ne peut avoir pour résultat de décider des points de droit ou de fait du litige ni neutraliser par avance les conséquences de la décision à rendre ultérieurement sur le fond³². Dès lors, il ressort de la jurisprudence qu'il existe deux sens à l'expression « risque de préjuger » : le risque de préjuger de la solution de la décision au principal, d'une part, et le risque de préjuger des conséquences de cette décision, d'autre part.

³² C.J. (ord.), 20 juillet 1981, *Alvarez/Parlement*, 206/81 R, *Rec.*, p. 2187, point 6.

Si le premier cas de figure fait référence au degré d'analyse limité, dans le cadre du critère relatif au *fumus boni juris*, des moyens de droit et de fait soulevés dans le recours au principal, aspect sur lequel la jurisprudence actuelle semble homogène et ne semble pas appeler de commentaire particulier, le second cas de figure est, en revanche, riche en développements récents suscitant des interrogations quant à l'existence de situations de principe, et non de cas d'espèce, dans lesquelles le prononcé d'un sursis à exécution apparaît par nature soit impossible (1) soit obligatoire (2).

1. *Le risque de préjuger ou l'impossible sursis*

Risque de préjuger du fait de la suspension : l'impossibilité de suspendre. Une demande de sursis à exécution qui conduit nécessairement le juge des référés à préjuger du fond d'une affaire est irrecevable. En effet, une telle mesure « ne se conçoit pas dans la mesure où elle est susceptible de neutraliser par avance les conséquences de la décision à rendre ultérieurement sur le fond »³³.

Affaires de gel de fonds. Or, il semble que l'application de ce principe conduise à écarter par nature la possibilité d'obtenir une protection provisoire, grâce au sursis à exécution, dans les affaires relatives aux mesures de gel de fonds. Déjà l'obtention d'une telle protection à l'égard d'une partie requérante attaquant une mesure restrictive, dont les effets portent indubitablement atteinte à ses droits fondamentaux, semblait vaine du fait du caractère accessoire de la procédure en référé par rapport à la procédure principale, mais les conséquences du caractère provisoire semblent définitivement supprimer la possibilité d'obtenir la suspension de l'acte attaqué.

Dans l'affaire *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, le président du Tribunal était saisi d'une demande de sursis à l'exécution d'un règlement et d'une décision imposant tous deux des mesures restrictives à l'encontre de l'Iran, et dont les annexes à ces actes comportaient une liste sur laquelle le nom de la partie requérante était inscrit en tant que personne destinataire de ces mesures.

Examen de la condition relative à l'urgence. Le juge des référés procéda à l'examen de la demande en commençant par la vérification de la satisfaction du critère relatif à l'urgence. Au terme de cette analyse, il conclut que cette condition n'était pas remplie, dans la mesure où, premièrement, les informations fournies par la partie requérante ne donnaient pas une image fidèle

³³ Trib. (ord.), 23 janvier 2012, *Henkel et Henkel France/Conseil*, T-607/11 R, non publiée au *Rec.*, point 24.

et globale de sa situation économique et financière ; deuxièmement, la partie requérante était restée silencieuse quant aux possibilités de déblocage par les autorités nationales compétentes de certains fonds gelés, mesure autorisée, de manière dérogatoire, par les dispositions pertinentes des actes de l'Union visant le gel de fonds afin de couvrir les dépenses essentielles ; et, troisièmement, le préjudice financier allégué n'était pas irréparable, la partie requérante pouvant obtenir une compensation financière par la voie d'un recours en indemnité³⁴.

Examen de la condition relative à la mise en balance des intérêts. Bien que le défaut d'urgence permette au juge des référés de rejeter la demande sur cette seule base, les conditions d'octroi de la suspension sollicitée étant cumulatives³⁵, le président du Tribunal renforça son examen en analysant également la condition relative à la mise en balance des intérêts. À cet égard, il rappela le test auquel il procède dans ce cadre et selon lequel il doit déterminer « si l'intérêt de la partie qui sollicite le sursis à exécution à en obtenir l'octroi prévaut ou non sur l'intérêt que présente l'application immédiate de l'acte attaqué, en examinant, plus particulièrement, si l'annulation éventuelle de cet acte par le juge du fond permettrait le renversement de la situation qui aurait été provoquée par son exécution immédiate et, inversement, *si le sursis à l'exécution dudit acte serait de nature à faire obstacle à son plein effet, au cas où le recours principal serait rejeté* »³⁶. Or, il constate « qu'un sursis à l'exécution des actes contestés pourrait être de nature à faire obstacle à leur plein effet en cas de rejet du recours principal et, partant, à rendre impossible le renversement de la situation [; e]n effet, un tel sursis permettrait à la requérante de procéder immédiatement au retrait de tous les fonds détenus auprès des banques obligées d'en assurer le gel et de vider ses comptes bancaires avant le prononcé de la décision au fond [; a]insi, il lui serait possible de bénéficier de ses fonds en contournant la finalité des mesures restrictives prises à son égard, qui consiste à faire pression sur la République islamique d'Iran afin que cette dernière mette fin aux activités nucléaires présentant un risque de prolifération et à la mise au point de vecteurs d'armes nucléaires, sans que cette situation puisse être renversée par une décision ultérieure rejetant le recours principal »³⁷.

³⁴ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, *op. cit.*, note 20, points 17 à 31, et plus particulièrement, points 24, 25 et 30.

³⁵ C.J. (ord.), 14 octobre 1996, *SCK et FNK/Commission*, C-268/96 P(R), *Rec.*, p. I-4971, point 30.

³⁶ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, *op. cit.*, note 20, point 33, soulignement ajouté, citant C.J. (ord.), 26 juin 2003, *Belgique et Forum 187/Commission*, C-182/03 R et C-217/03 R, *Rec.*, p. I-6887, point 142, et Trib. (ord.), 31 août 2010, *Babcock Noell/Entreprise commune Fusion for Energy*, T-299/10 R, non publiée au *Rec.*, point 64.

³⁷ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, *op. cit.*, note 20, point 34.

Caractère générique de l'examen de la mise en balance des intérêts.

Avant d'examiner le critère relatif à la mise en balance des intérêts, le juge des référés annonçait que la solution à laquelle il était parvenu après son analyse concernant la condition de l'urgence était « cohérente avec la mise en balance des différents intérêts en présence »³⁸. Que serait-il advenu si la conclusion de l'examen de la condition relative à l'urgence n'avait pas été cohérente avec celle de la mise en balance des intérêts ? En d'autres termes, si l'urgence avait été démontrée en l'espèce, quelles en auraient été les conséquences ? Au regard de l'analyse des intérêts en présence, la demande en référé aurait été sans nul doute rejetée.

Or, il convient de remarquer que l'analyse de la balance des intérêts en présence à laquelle le président du Tribunal a procédé dans cette affaire n'est pas spécifique au cas d'espèce mais est reproductible à l'identique dans toutes les affaires de gel de fonds. En effet, ces dernières ont comme objet la suppression du nom de la partie requérante d'une liste figurant en annexe d'un acte qui interdit aux personnes ainsi nommées de recourir aux ressources financières faisant l'objet des mesures de gel. Dès lors, la suspension par le juge des référés des effets de l'acte dont il est recherché l'annulation permettrait le retrait irréversible de l'entière de ces sommes par la partie requérante. Ainsi, le sursis à exécution viendrait neutraliser par avance les conséquences, ou l'effet utile, de la décision à rendre ultérieurement par le juge du fond.

Par conséquent, en matière de gel de fonds, il semble que l'interprétation que donne la jurisprudence actuelle du caractère provisoire de la procédure de référé rend impossible l'adoption d'un sursis à l'exécution de l'acte attaqué. En effet, la mise en balance des intérêts penche nécessairement en défaveur de la partie requérante. En outre, il est raisonnable de s'interroger sur la nécessité de procéder à l'analyse de tout autre critère que celui de la mise en balance des intérêts. Dans l'affaire *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, le président du Tribunal a effectué un examen approfondi de la satisfaction en l'espèce de la condition relative à l'urgence. Or, celui-ci était-il réellement nécessaire ? Ne pouvait-il pas débiter son analyse avec la mise en balance des intérêts et rejeter la demande au motif que cette balance penchait en faveur du maintien de l'acte ? Enfin, dans le cadre de l'examen de la mise en balance des intérêts, la réponse à la question posée par la seconde branche du test, à savoir si le sursis à l'exécution dudit acte serait de nature à faire obstacle à son plein effet, au cas où le recours principal serait rejeté, étant invariablement positive, est-il encore nécessaire, comme l'a fait le président du Tribunal dans

³⁸ *Ibid.*, point 32.

cette affaire³⁹, d'aborder la première branche du test, à savoir si l'annulation éventuelle de l'acte attaqué par le juge du fond permettrait le renversement de la situation qui aurait été provoquée par son exécution immédiate ?

Là encore, l'état actuel de la jurisprudence permet difficilement de répondre aux trois situations décrites ci-dessus⁴⁰ dans lesquelles, pourtant, une protection provisoire serait, à tout le moins, appropriée, si ce n'est nécessaire.

2. *Le risque de préjuger ou le sursis obligatoire*

Risque de préjuger en l'absence de suspension : l'obligation de suspendre. Une demande de sursis à exécution qui conduit nécessairement le juge des référés à préjuger du fond d'une affaire est donc irrecevable⁴¹. Mais qu'en est-il si ce n'est plus le prononcé de la suspension qui conduit à préjuger de l'affaire au principal, mais son absence ? Dans une telle hypothèse, le juge des référés n'est-il pas dans un cas de demande « manifestement bien fondée » ?

Affaires de divulgation de documents. Sans aller jusque-là, le président du Tribunal a cependant adopté une approche nouvelle dans le contexte des affaires portant sur des demandes de sursis à l'exécution d'un acte ordonnant la divulgation de documents⁴².

L'affaire T-462/12 R, *Pilkington Group/Commission*⁴³, est symptomatique à cet égard. Le juge des référés était saisi d'une demande introduite par le groupe Pilkington visant à obtenir la suspension d'une décision de la Commission conduisant à la publication d'une version de la décision ayant sanctionné Pilkington pour sa participation à une entente dans le domaine du verre automobile et contenant des informations que ce groupe considérait comme étant confidentielles.

Le risque de préjuger comme élément de la balance des intérêts. Dans son ordonnance du 11 mars 2013, le juge des référés a mis l'accent sur le risque de préjuger de la décision du juge du fond en soulignant qu'« il est évident que, pour conserver l'effet utile d'un arrêt annulant la décision attaquée,

³⁹ *Ibid.*, point 35.

⁴⁰ Voy., *supra*, p. 347 *in fine* et 348.

⁴¹ Pour un exemple dans le domaine de la divulgation de documents, voy. Trib. (ord.), 23 janvier 2012, T-607/12 R, *Henkel et Henkel France/Commission*, non publiée au *Rec.*, *op. cit.*, note 33.

⁴² Voy., Trib. (ord.), 16 novembre 2012, T-345/12 R, *Akzo Nobel e.a./Commission*, non encore publiée au *Rec.*, Trib. (ord.), 16 novembre 2012, T-341/12 R, *Evonik Degussa/Commission*, non publiée au *Rec.*, Trib. (ord.), 29 novembre 2012, T-164/12 R, *Alstom/Commission*, non encore publiée au *Rec.*, et Trib. (ord.), 11 mars 2013, T-462/12 R, *Pilkington Group/Commission*, non encore publiée au *Rec.*

⁴³ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Pilkington Group/Commission*, *op. cit.*, note 42.

la requérante doit être en mesure d'éviter que la Commission ne procède à une publication illicite des informations litigieuses [; o]r, un arrêt d'annulation serait rendu illusoire et privé d'effet utile si la présente demande en référé était rejetée, ce rejet ayant pour conséquence de permettre à la Commission la publication immédiate des informations en cause et donc de facto de préjuger du sens de la future décision au fond, à savoir un rejet du recours en annulation »⁴⁴.

Or, ayant abordé ce risque dans le cadre de la mise en balance des intérêts, l'importance de cet élément au sein du raisonnement du juge des référés ressort du fait que, contrairement à la grande majorité des cas où la satisfaction du critère de l'urgence est la première condition examinée, dans cette affaire le juge des référés a fait usage de sa liberté de déterminer, au regard des particularités de l'espèce, l'ordre dans lequel il vérifie la satisfaction des conditions requises, pour commencer par la mise en balance des intérêts en présence⁴⁵. Cette particularité n'est pas sans signification dans la mesure où chacune des trois conditions influence l'appréciation des deux autres en fonction de leur pertinence dans le cas d'espèce soumis au juge des référés⁴⁶.

Le risque de préjuger comme seul critère d'appréciation. Le juge des référés aurait-il pu arrêter son analyse à ce constat et faire droit à la demande de suspension ? En l'espèce, ayant abordé ce risque dans le cadre de la mise en balance des intérêts, il s'est rangé à une analyse classique devant comporter la vérification de la satisfaction des deux autres critères, à savoir l'urgence et le *fumus boni juris*. En procédant de la sorte, le juge des référés est revenu dans l'acceptation traditionnelle du rôle de la procédure de référé qu'en a donné la jurisprudence : éviter la survenance d'un préjudice grave et irréparable. Cependant, il convient de relever que cette notion est absente de l'article 278 TFUE, qui prévoit la possibilité de prononcer le sursis à l'exécution de l'acte attaqué à la seule condition que le juge « estime que les circonstances l'exigent ». Cette situation dans laquelle, en l'absence de suspension, le juge des référés vient préjuger du résultat de l'affaire au fond ne pouvait-il pas conduire, de ce seul fait, à conclure qu'il convenait de suspendre l'acte attaqué, car les circonstances l'exigeaient ? Enfin, s'il est vrai que le règlement

⁴⁴ *Ibid.*, point 31.

⁴⁵ Voy., p. ex., C.J. (ord.), 19 juillet 1995, C-149/95 P(R), *Commission/Atlantic Container Line e.a.*, *Rec.*, p. I-2165, point 23, et C.J., 3 avril 2007, C-459/06 P(R), *Vischim/Commission*, non publiée au *Rec.*, point 25.

⁴⁶ Voy., pour l'influence de la force du *fumus boni juris* sur l'évaluation de l'urgence et, le cas échéant, de la mise en balance des intérêts en présence, C.J. (ord.), 7 mars 2013, C-551/12 P(R), *EDF/Commission*, non encore publiée au *Rec.*, point 23, C.J. (ord.), 25 octobre 2012, *Hassan/Conseil*, C-168/12 P(R), point 24, non publiée au *Rec.*, et C.J. (ord.), 23 février 2001, C-445/00 P(R), *Autriche/Conseil*, point 110, *Rec.*, p. I-1461.

de procédure du Tribunal prévoit, en son article 104, deuxième paragraphe, que les demandes en référé précisent les circonstances établissant l'urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la suspension, il n'en demeure pas moins que, d'une part, si un tel texte peut venir préciser les dispositions des traités, il ne peut en revanche en restreindre le sens et, d'autre part, dans ce type d'affaires, premièrement, la nature même de la situation semble pouvoir suffire pour établir l'urgence en démontrant que la communication des documents se fera avant que le juge du fond ait rendu son arrêt et, deuxièmement, la condition relative au *fumus boni juris* semble pouvoir être satisfaite de façon quasi-automatique, comme il sera expliqué ci-après.

Le risque de préjuger comme élément du *fumus boni juris* unique-ment. Cependant, dans son ordonnance du 10 septembre 2013⁴⁷, rendue sur pourvoi, le vice-président de la Cour n'a pas donné la même dimension à ce risque.

Bien que saisi du critère de l'urgence dans le cadre du premier moyen, rien ne semblait l'empêcher de se prononcer sur la mise en balance des intérêts, ce critère ayant été traité en première instance de manière combinée avec celui de l'urgence. Or, dans l'appréciation du bien-fondé de ce premier moyen, il n'est nullement fait mention du rôle et de l'importance de ce risque dans le raisonnement du juge des référés de première instance.

En outre, alors qu'il est procédé à une substitution de motifs afin de revenir à une approche classique de l'appréciation de la condition de l'urgence centrée sur l'existence ou non d'un préjudice grave et irréparable, il aurait également pu être envisagé d'annuler l'ordonnance sous pourvoi afin d'évoquer l'affaire et embrasser l'approche selon laquelle le risque de préjuger dans ce type d'affaire, dès lors qu'il est démontré, suffit pour faire droit à la demande.

Enfin, il ressort de l'ordonnance du 10 septembre 2013 que le risque de préjuger a été considéré uniquement dans l'appréciation du second moyen relatif à l'appréciation du *fumus boni juris*, soulevé par la Commission dans son pourvoi. Or, dans ce contexte, il est remarquable que, dans la mesure où l'argument réside dans la nature confidentielle ou non des documents, la satisfaction de cette condition semble quasi-automatique. En effet, validant l'approche du président du Tribunal, le vice-président de la Cour souligne que « s'agissant du contentieux relatif à la protection provisoire d'informations prétendument confidentielles, le juge des référés, sous peine de méconnaître la nature intrinsèquement accessoire et provisoire de la procédure de référé, ne saurait, en principe, conclure à l'absence de *fumus boni juris* que dans l'hypothèse où le caractère

⁴⁷ C.J. (ord.), 10 septembre 2013, C-278/13 P(R), *Commission/Pilkington Group*, non encore publiée au *Rec.*

confidentiel des informations en cause ferait manifestement défaut »⁴⁸, situation qui ne pourrait se produire que dans des cas rares, où, par exemple, la partie requérante chercherait à obtenir la protection provisoire pour des informations dont le caractère public serait démontré.

Le risque de préjuger : protection de l'effet utile de l'arrêt ou du litige ? Ainsi, le risque de préjuger prend tout son sens dans l'appréciation du *fumus boni juris*, c'est-à-dire l'appréciation du bien-fondé des moyens soulevés au principal.

En revanche, le risque de préjuger ne semble pas avoir la même importance en ce qui concerne les conséquences qu'emporte la solution d'un arrêt rendu par le juge du fond. Une telle approche peut paraître étrange dans la mesure où le risque de préjuger comprend également la dimension de conserver l'effet utile de l'arrêt, d'un point de vue concret (solution apportée à la problématique factuelle, en l'espèce : la divulgation des informations) et pas seulement théorique (solution apportée à la problématique juridique, en l'espèce : la légalité de la divulgation). Les conséquences possibles de l'arrêt au fond doivent donc également être préservées. La suspension du fait même du risque de préjuger exprimerait ainsi l'application d'un principe de précaution.

Au regard de l'ordonnance du 10 septembre 2013, cet effet utile semble devoir être désormais compris non plus comme étant celui *de l'arrêt*, mais celui, plus global, *du litige*. En effet, si, dans l'affaire au principal, il est fait droit au requérant qui n'aurait pourtant pas pu empêcher la diffusion d'information – effet utile qu'il recherche dans l'arrêt d'annulation – c'est dans le contentieux de l'indemnité, par le biais d'un recours en dommages et intérêts qu'il lui faudra rechercher l'effet utile de son litige, c'est-à-dire la réparation de son préjudice. Le risque de préjuger semble ainsi s'effacer devant l'absence de risque de préjudice grave et irréparable.

Cependant, il semble étonnant de ne plus prendre en compte l'effet utile *de l'arrêt* dans la mesure où c'est bien ce critère qui est au cœur du raisonnement des ordonnances de référés en matière de gel de fonds.

Conclusion sur le caractère provisoire. De la même manière que pour le caractère accessoire, les demandes de suspension conduisant le juge des référés à préjuger de l'affaire au fond, en ce sens que le prononcé du sursis à exécution sollicite neutraliserait par avance les conséquences de la décision dans l'affaire au principal, ne sont pas toujours rejetées comme irrecevables, voire manifestement irrecevables, mais bien souvent comme non-fondées après analyse des critères relatifs au *fumus boni juris*, à l'urgence et à la mise en balance

⁴⁸ *Ibid.*, point 68.

des intérêts. Là encore, il est permis de s'interroger sur la possibilité pour le juge des référés de ne pas procéder à un tel examen, mais de constater que la suspension demandée entraînerait le juge des référés à préjuger de l'affaire au principal. Toutefois, au regard de l'ordonnance du 10 septembre 2013, il semble qu'une telle approche dans les situations de « sursis obligatoire » n'est pas opportune. Reste que, dans cette ordonnance, seul un aspect du caractère provisoire, celui qui touche au *fumus boni juris*, a été pris en compte, celui portant sur le risque de neutraliser les conséquences de l'arrêt au fond n'ayant pas été abordé. Pourtant, cette ordonnance rappelait que « la finalité de la procédure de référé est de garantir la pleine efficacité de la future décision définitive, afin d'éviter une lacune dans la protection juridique assurée par la Cour »⁴⁹.

III. – La notion de « préjudice grave et irréparable »

A. *La violation des droits fondamentaux*

La problématique soulevée par le risque de divulgation par la Commission d'informations prétendument confidentielles obtenues dans le cadre de procédures relatives à des violations du droit de la concurrence a conduit le juge des référés de première instance, à revoir l'approche jusque-là suivie dans le contentieux de l'urgence pour déterminer l'existence d'un préjudice grave et irréparable du fait de cette divulgation, satisfaisant de ce fait la condition relative à l'urgence (1). Cependant, le juge des référés statuant en dernier ressort lui a préféré une approche plus traditionnelle (2).

Observation liminaire : la jurisprudence antérieure. Afin de bien comprendre le revirement de jurisprudence intenté par le juge des référés de première instance et les raisons pour lesquelles le juge des référés sur pourvoi n'a pas embrassé cette nouvelle approche, il convient de présenter brièvement la jurisprudence antérieure à cette tentative en matière de qualification de préjudice grave et irréparable causé tant par la divulgation d'informations prétendument confidentielles que par la violation de droits fondamentaux.

Tout d'abord, dans son ordonnance du 7 novembre 2003, *Bank Austria Creditanstalt/Commission*, le président du Tribunal relevait que les préjudices invoqués par la partie requérante du fait de la divulgation d'informations la concernant et en relation avec une procédure l'ayant sanctionnée pour sa participation au sein d'une entente entre banques autrichiennes étaient

⁴⁹ *Ibid.*, point 36.

principalement de nature financière dans la mesure où lesdites informations pourraient être utilisées dans le cadre de recours collectifs ou de procédures pénales intentés devant le juge national⁵⁰.

Ensuite, dans son ordonnance du 22 décembre 2004, *Microsoft/Commission*, le président du Tribunal a reconnu « qu'il n'est pas contestable que, une fois acquise, la connaissance d'une information jusqu'alors gardée secrète [...] peut demeurer [; u]ne annulation éventuelle de la [d]écision ne permettrait pas d'effacer des mémoires la connaissance de cette information et une indemnisation serait très difficile en raison d'une évaluation chiffrée improbable de la valeur du transfert de connaissance »⁵¹. Cependant, d'une part, il a relevé que la partie requérante, en l'espèce, « n'expliqu[ait] toutefois pas quel préjudice irréparable pourrait lui causer le simple fait que des tiers aient connaissance de données divulguées par elle »⁵² et, d'autre part, il a indiqué que « la divulgation d'une information jusqu'alors gardée secrète n'impliqu[ait] pas nécessairement la survenance d'un préjudice grave »⁵³ et, qu'en l'espèce, au regard de la puissance financière de la partie requérante, le préjudice financier ne saurait être considéré comme grave.

Enfin, dans son ordonnance du 15 avril 1998, *Camar/Commission et Conseil*, le président de la Cour a rejeté l'argument de la partie requérante selon lequel un préjudice touchant à la sphère des libertés fondamentales serait par définition irréparable. En effet, le juge des référés indique expressément qu'« il ne suffit pas d'alléguer, de façon abstraite, une atteinte à des droits fondamentaux [...] pour établir que le dommage qui pourrait en découler aurait nécessairement un caractère irréparable »⁵⁴.

1. *La tentative de revirement de jurisprudence*

a. *L'affirmation d'une nouvelle approche*

Quatre recours en annulation, actuellement pendants devant le Tribunal, visant des décisions de la Commission autorisant la diffusion d'informations prétendument confidentielles ont été accompagnés de demandes en référé ayant pour objet d'empêcher cette divulgation avant que l'affaire au principal ne soit réglée. À cette occasion, le juge des référés a affirmé une nouvelle approche de

⁵⁰ Trib. (ord.), T-198/03 R, *Rec.*, p. II-4879, points 52 et 58.

⁵¹ Trib. (ord.), T-201/04 R, *Rec.*, p. II-4463, point 253.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, point 254.

⁵⁴ C.J. (ord.), C-43/98 P(R), *Rec.*, p. I-1815, points 46 et 47.

la notion de préjudice grave et irréparable lorsque sont en jeu des droits fondamentaux.

Publication d'informations. Cette nouvelle approche peut être observée, tout d'abord, dans le cadre de trois affaires relatives à la publication par la Commission d'informations prétendument confidentielles, les deux premières portant sur des informations fournies dans le cadre de la clémence, la troisième portant sur des informations soi-disant confidentielles ou couvertes par le secret d'affaires.

Premièrement, dans les affaires T-345/12, *Akzo Nobel e.a./Commission*, et T-341/12, *Evonik Degussa/Commission*, le Tribunal est appelé à statuer sur le point de savoir si la décision attaquée – par laquelle la Commission a rejeté la demande des parties requérantes visant à ce qu'elle s'abstienne de publier les informations litigieuses – doit être annulée, notamment, pour violation du secret professionnel protégé à l'article 339 TFUE et pour méconnaissance de la nature confidentielle des informations que les requérantes avaient fournies à la Commission en vue de bénéficier de sa communication sur la coopération.

Dans ses ordonnances du 16 novembre 2012, statuant sur les demandes en référé introduites concomitamment aux recours en annulation dans les affaires ci-dessus, le président du Tribunal estime que, « sous réserve d'un examen de la condition relative au *fumus boni juris* », un préjudice grave et irréparable serait, en l'espèce, constitué dans la mesure où la publication des informations litigieuses entraînerait la violation de deux droits fondamentaux appartenant aux parties requérantes. En effet, il souligne, en premier lieu, que « [é]tant donné que la Commission, en cas de rejet de la [...] demande en référé, pourrait procéder à la publication immédiate des informations litigieuses, il serait à craindre que le droit fondamental des requérantes à la protection de leurs secrets professionnels, consacré à l'article 339 TFUE, à l'article 8 de la CEDH et à l'article 7 de la charte, soit irréversiblement vidé de toute signification en ce qui concerne lesdites informations ». En second lieu, il relève que « [d]ans le même temps, les requérantes risqueraient de voir compromettre leur droit fondamental à un recours effectif, consacré à l'article 6 de la CEDH et à l'article 47 de la charte, si la Commission était autorisée à publier les informations en cause avant que le Tribunal ait statué sur le recours principal »⁵⁵.

Ce raisonnement s'appuie sur deux paramètres. Le premier⁵⁶ réside dans l'arrêt de la Cour du 14 février 2008, *Varec*, dans lequel la Cour, renvoyant à

⁵⁵ Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Akzo Nobel e.a./Commission*, *op. cit.*, note 42, point 33, et Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Evonik Degussa/Commission*, *op. cit.*, note 42, point 28.

⁵⁶ Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Akzo Nobel e.a./Commission*, *op. cit.*, note 42, point 32, et Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Evonik Degussa/Commission*, *op. cit.*, note 42, point 27.

la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a reconnu que « dans certains cas, il peut être nécessaire de ne pas communiquer certaines informations aux parties afin de préserver les droits fondamentaux d'un tiers ou de sauvegarder un intérêt public important »⁵⁷ et qu'un « préjudice extrêmement grave [...] pourrait résulter de la communication irrégulière de certaines informations à un concurrent »⁵⁸. Le second vient de l'analyse qu'il a effectué du critère de la mise en balance des intérêts, cette analyse ayant eu lieu avant l'examen de la condition relative à l'urgence, mais sous un même titre que ce dernier et s'étant achevée en concluant en faveur de la partie requérante. En effet, la divulgation des informations par la Commission aurait rendu illusoire l'arrêt d'annulation et l'aurait privé d'effet utile⁵⁹.

Deuxièmement, dans l'affaire T-462/12, *Pilkington Group/Commission*, le Tribunal est appelé à statuer sur le point de savoir si la décision attaquée – par laquelle la Commission a rejeté la demande de la requérante visant à ce qu'elle s'abstienne de publier les informations litigieuses – doit être annulée, notamment, pour méconnaissance de la nature confidentielle de ces informations en ce que leur divulgation serait constitutive d'une violation de l'article 339 TFUE et de l'article 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Dans son ordonnance du 11 mars 2013, statuant sur la demande en référé introduite concomitamment au recours en annulation dans l'affaire ci-dessus, le président du Tribunal estime que, « sous réserve d'un examen de la condition relative au *fumus boni juris* », un préjudice grave et irréparable serait, en l'espèce, constitué dans la mesure où la publication des informations litigieuses entraînerait la violation de deux droits fondamentaux appartenant aux parties requérantes. Le raisonnement est identique à celui suivi dans les ordonnances du 16 novembre 2012, décrites ci-dessus.

Ainsi, non seulement le juge des référés met l'accent sur la reconnaissance de la possibilité de ne pas divulguer des informations « dans certains cas », mais il indique également qu'il estime que le cas d'espèce qui lui est soumis appartient à cette catégorie de cas du fait de la préservation de l'effet utile d'un arrêt d'annulation et de la violation de droits fondamentaux.

Transmission d'informations. Dans l'affaire T-164/12, *Alstom/Commission*, le Tribunal est appelé à statuer sur le point de savoir si la décision attaquée – par laquelle la Commission a décidé de faire droit à la demande de la High

⁵⁷ C.J., 14 février 2008, *Varec*, C-450/06, *Rec.*, p. I-581, point 47.

⁵⁸ *Ibid.*, point 54.

⁵⁹ Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Akzo Nobel e.a./Commission*, *op. cit.*, note 42, points 19 à 29, et plus particulièrement point 22, et Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Evonik Degussa/Commission*, *op. cit.*, note 42, points 19 à 24, et plus particulièrement point 22.

Court of Justice (England & Wales) [Haute Cour de justice (Angleterre et Pays de Galles)] visant à se voir communiquer notamment la réponse de la requérante à la communication des griefs d'une affaire relative à une entente dans le domaine des appareillages de commutation à isolation gazeuse – doit être annulée, notamment, pour violation du secret professionnel protégé à l'article 339 TFUE.

Dans son ordonnance du 29 novembre 2012, statuant sur la demande en référé introduite concomitamment au recours en annulation dans l'affaire ci-dessus, le président du Tribunal estime que, « sous réserve d'un examen de la condition relative au *fumus boni juris* », un préjudice grave et irréparable serait, en l'espèce, constitué dans la mesure où la transmission des informations litigieuses entraînerait la violation d'un droit fondamental dans le chef des parties requérantes⁶⁰. En effet, alors que la partie requérante avait soulevé la violation tant de son droit à la protection du secret professionnel que de son droit à une protection juridictionnelle effective, le juge des référés considère qu'il lui suffit d'examiner l'éventuelle violation du droit à bénéficier d'une protection juridictionnelle effective.

Ce raisonnement se fonde expressément sur deux paramètres⁶¹, exposés dans l'analyse de la balance des intérêts mise en exergue, cette condition ayant été examinée en premier et dans une partie bien identifiée. Le premier renvoie à la spécificité, devant le juge des référés, du contentieux relatif à la transmission de documents litigieux par une institution à une juridiction nationale demandés dans le cadre d'un litige en cours, ce dernier pouvant remettre en cause le caractère accessoire de la procédure en référé dans la mesure où il existe un risque, en cas de rejet de la demande, que la juridiction nationale statue, en prenant en compte lesdits documents, avant que le Tribunal n'ait rendu sa décision sur la légalité de cette transmission⁶². Le second porte sur les circonstances particulières de l'espèce, la partie requérante devant la juridiction nationale – intervenant dans le cadre de la procédure en référé – n'ayant pas démontré qu'elle ne pouvait obtenir la suspension de la procédure de dommages et intérêts au motif que le statut des documents est en cours d'examen devant le juge de l'Union⁶³.

Par cette ordonnance, le président du Tribunal met clairement en lumière, d'une part, l'influence de son examen de la condition relative à la mise en balance des intérêts sur celui relatif à la condition de l'urgence et, d'autre part,

⁶⁰ Trib. (ord.), 29 novembre 2012, *Alstom/Commission*, *op. cit.*, note 42, point 49.

⁶¹ *Ibid.*, point 46.

⁶² *Ibid.*, points 33 à 37.

⁶³ *Ibid.*, points 38 à 39.

le caractère essentiel du droit fondamental de bénéficier d'une protection juridictionnelle effective.

b. *L'encadrement de la nouvelle approche*

Il ressort donc des quatre ordonnances rendues par le juge des référés de première instance que la violation d'un droit fondamental peut entraîner la reconnaissance d'un préjudice grave et irréparable, sans qu'il soit besoin d'examiner les caractères de gravité et d'irréparabilité du préjudice selon la jurisprudence traditionnelle.

Anéantissement du bénéfice d'un droit fondamental. Premièrement, une telle approche peut sembler, à première vue, aller à l'encontre de la jurisprudence *Camar*. Cependant, un examen plus détaillé du raisonnement sous-tendant cette approche semble infirmer cette impression. En effet, le juge des référés précise, dans son ordonnance du 11 mars 2013, *Pilkington Group/Commission*, le périmètre de ce raisonnement, en distinguant clairement sa solution de celle adoptée dans l'ordonnance *Camar* du président de la Cour.

De ces explications, il ressort explicitement que l'aspect central de cette nouvelle approche réside dans le risque de voir la partie requérante *entièrement* dépossédée de l'usage d'un droit fondamental. En effet, loin de négliger l'ordonnance *Camar* du président de la Cour, dans laquelle il a été indiqué qu'il ne suffisait pas d'alléguer, de façon abstraite, la violation d'un droit fondamental pour établir le risque de la survenance d'un préjudice grave et irréparable, le juge des référés du Tribunal observe que cette jurisprudence est fondée sur une situation dans laquelle la partie requérante invoquait une simple *restriction* de l'usage de son droit de propriété et de son droit au libre exercice de son activité professionnelle⁶⁴. Dès lors, la partie requérante continuant de bénéficier de ces droits, le juge des référés était fondé à demander la démonstration du caractère grave et irréparable du préjudice causé par la violation alléguée.

À cet égard, il convient de noter que, par sa nouvelle approche, le juge des référés de première instance n'écarte pas l'application du principe posé dans ladite ordonnance *Camar*. En effet, dans son ordonnance du 18 mars 2011, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband/Commission*⁶⁵, le président du Tribunal a fait application de ce principe. Cependant, là encore, il ne résultait de la violation alléguée qu'une restriction de l'usage d'un droit fondamental et non pas de son annihilation.

⁶⁴ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Pilkington Group/Commission*, *op. cit.*, note 42, point 54.

⁶⁵ Trib. (ord.), 18 mars 2011, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband/Commission*, T-457/09 R, *Rec.*, p. II-51*.

En revanche, dans les ordonnances *Akzo Nobel*, *Evonik Degussa*, et *Pilkington Group* (décrites ci-dessus), le président du Tribunal a considéré que l'usage par la partie requérante de deux de ses droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit à la protection du secret professionnel garanti par l'article 339 TFUE et élevé au rang de droit fondamental au sens de l'article 8 de la CEDH et de l'article 7 de la charte, et, d'autre part, le droit à un recours effectif, consacré par l'article 6 de la CEDH et l'article 47 de la charte, serait concrètement, du fait de la publication des informations prétendument confidentielles, purement et simplement nié ou, en d'autres termes, irréversiblement vidé de toute signification⁶⁶. De la même manière, dans son ordonnance *Alstom*, au terme d'une analyse concrète de l'enchevêtrement des procédures tant au niveau de l'Union qu'au niveau national, le juge des référés a estimé que, du fait de la transmission des informations prétendument confidentielles, « le droit que détient la [partie] requérante à une protection juridictionnelle effective serait vidé de son sens »⁶⁷.

Ainsi, le risque de préjudice grave et irréparable peut effectivement être constitué, d'une part, du fait de la violation de certains droits fondamentaux et, d'autre part, à la condition *sine qua non* que la violation alléguée conduit à faire concrètement disparaître irrémédiablement ces droits. Une telle approche semble, dès lors, cohérente avec la jurisprudence *Camar*.

Abandon de la réparation pécuniaire. Deuxièmement, l'approche du président du Tribunal semble aller à l'encontre de ses ordonnances *Bank Austria Creditanstalt* et *Microsoft*, dans lesquelles, face à l'argument tiré du caractère irréversible d'une communication d'informations prétendument confidentielles, susceptibles d'être utilisées dans des actions en dommages et intérêts intentées devant les juridictions nationales, le préjudice encouru, d'une part, est qualifié de purement financier et, par conséquent, réparable par la voie du recours en indemnité et, d'autre part, n'implique pas nécessairement qu'il soit grave, malgré le fait que la connaissance desdites informations ne puisse plus être effacée. Tel est le cas. Or, loin d'omettre cette divergence, le juge des référés la souligne pour mieux marquer le revirement de jurisprudence qu'il souhaite effectuer.

En effet, il indique clairement, dans son ordonnance du 11 mars 2013, *Pilkington Group/Commission*, que « l'approche suivie par le juge des référés dans [c]es ordonnances [...], en matière de protection d'informations prétendument confidentielles doit être abandonnée »⁶⁸. Il est intéressant de noter qu'il

⁶⁶ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Pilkington Group/Commission*, *op. cit.*, note 42, point 45.

⁶⁷ Trib. (ord.), 29 novembre 2012, *Alstom/Commission*, *op. cit.*, note 42, point 47.

⁶⁸ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Pilkington Group/Commission*, *op. cit.*, note 42, point 53.

justifie ce changement du fait que cette approche « fait abstraction des droits fondamentaux invoqués par celui qui demande la protection provisoire de ces informations »⁶⁹ et précise que, « [e]n effet, au plus tard depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009, qui a élevé la charte au rang de droit primaire de l'Union et dispose que la charte a la même valeur juridique que les traités (article 6, paragraphe 1, premier alinéa, TUE), le risque imminent d'une violation grave et irréparable des droits fondamentaux conférés par les articles 7 et 47 de la charte (ainsi que par les dispositions correspondantes de la CEDH) dans ce domaine doit être qualifiée, *en soi*, de préjudice justifiant l'octroi des mesures de protection provisoire demandées »⁷⁰.

Ainsi, le revirement de jurisprudence, opéré par le juge des référés, implicitement, dans les ordonnances *Akzo Nobel*, *Evonik Degussa*, *Alstom* et, explicitement, dans l'ordonnance *Pilkington Group*, exprime la reconnaissance pleine et entière de la place de la charte dans le système juridique de l'Union européenne. Le président du Tribunal semble tirer les conséquences de l'impact que peut avoir ce nouvel instrument. En effet, par sa nouvelle approche, il revisite l'interprétation des deux droits fondamentaux en jeu jusqu'alors donnée par le juge de l'Union et en donne un nouveau sens. De ce fait, il dépasse le niveau « plancher » de la protection déjà donnée à ces droits, sur lequel il ne peut être revenu conformément à l'article 53 de la charte et à la déclaration n° 1 annexée aux TUE et TFUE posant un principe de sauvegarde, pour appliquer le principe de protection renforcée, posé à l'article 52, paragraphe 3 *in fine*, de la charte, lui permettant d'accorder une protection plus étendue que celle qui existe déjà⁷¹.

De ce fait, d'une part, il écarte le recours en indemnité comme solution dans les situations où l'usage de certains droits fondamentaux est réduit à néant, le préjudice subi devient ainsi irréparable. D'autre part, il affirme que l'extinction inéluctable d'un droit fondamental constitue « en soi » un préjudice grave.

Importance des deux autres conditions. Troisièmement, il ressort également des quatre ordonnances que cette approche ne se limite pas à une nouvelle interprétation de la notion de « préjudice grave et irréparable » en présence d'une violation d'un droit fondamental, mais s'inscrit dans une interaction dynamique des trois conditions requises. Les nombreux renvois vers l'examen de l'une ou l'autre des conditions que le juge des référés insère dans chaque partie de son analyse reflètent cette interdépendance des conditions, aspect essentiel

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, soulignement ajouté.

⁷¹ Sur ces aspects, voy. V. TERRIEN, « L'impact de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le droit de la concurrence », *L'Observateur de Bruxelles*, janvier 2013, n° 91, p. 29.

qui sous-tend son raisonnement⁷². En effet, l'examen de chaque critère influe sur les autres de manière inédite. L'approche du juge des référés imbrique la condition relative à l'urgence dans l'examen de la mise en balance des intérêts, condition qui prend une importance essentielle dans ce raisonnement. Dans les situations ayant conduit à ce revirement, l'analyse des intérêts en présence a révélé le risque d'une remise en cause de la nature intrinsèquement accessoire et provisoire de la procédure de référé. En outre, dans le cadre de l'appréciation de la satisfaction de la condition relative au *fumus boni juris*, le juge des référés a réalisé, à chaque fois, un examen détaillé de la solidité du cas soumis au juge du fond. Or, il est ressorti de cette analyse que se posaient, soit des questions de droit nouvelles soit des questions complexes et délicates qui ne pouvaient être considérées comme manifestement dénuées de pertinence et dont la solution méritait un examen approfondi dans le cadre de la procédure au principal⁷³.

La vision globale des problématiques spécifiques à la procédure de référé posées par les affaires qui lui ont été soumises a ainsi conduit le président du Tribunal à affirmer un nouveau schéma d'analyse, encadré de part et d'autre par des exigences particulières relatives aux trois conditions devant être réunies pour faire droit à la demande en référé.

Conclusion sur le revirement de jurisprudence. Il ressort des quatre ordonnances que le raisonnement du juge des référés est fondé sur deux axes principaux. Premièrement, en ce qui concerne le droit fondamental relatif à la protection du secret professionnel, l'abandon de l'approche économique est justifié sur la base de la charte. Deuxièmement, le droit fondamental relatif à la protection juridictionnelle effective est, dans chacun des cas soumis à son appréciation, entièrement aboli, ou en d'autres termes annihilé.

Si les ordonnances rendues par le président du Tribunal dans les affaires T-345/12 R, *Akzo Nobel e.a./Commission*, T-341/12 R, *Evonik Degussa/Commission*, et T-164/12 R, *Alstom/Commission*, n'ont pas fait l'objet de pourvoi devant le juge des référés de la Cour, tel n'est pas le cas en ce qui concerne celle adoptée dans l'affaire T-462/12 R, *Pilkington Group/Commission*. Or, force est de constater que l'ordonnance rendue sur pourvoi de cette dernière affaire par le vice-président n'a pas suivi l'approche proposée en première instance (2).

⁷² Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Akzo Nobel e.a./Commission*, *op. cit.*, note 42, points 33 et 46, Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Evonik Degussa/Commission*, *op. cit.*, note 42, points 28 et 40, et Trib. (ord.), 29 novembre 2012, *Alstom/Commission*, *op. cit.*, note 42, points 45 et 59.

⁷³ Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Akzo Nobel e.a./Commission*, *op. cit.*, note 42, points 34 à 56, Trib. (ord.), 16 novembre 2012, *Evonik Degussa/Commission*, *op. cit.*, note 42, points 29 à 50, et Trib. (ord.), 29 novembre 2012, *Alstom/Commission*, *op. cit.*, note 42, points 58 à 73.

2. *Le rejet du revirement de jurisprudence*

L'ordonnance du vice-président de la Cour rejette la nouvelle approche proposée pour lui préférer une approche fondée sur l'appréciation du caractère réparable. Si cet aspect sera examiné *infra* dans le cadre des nouveaux développements relatifs au préjudice financier, il apparaît d'ores et déjà intéressant d'examiner les éléments qui semblent avoir fondé le rejet du revirement de jurisprudence (a, b et c). En outre, si le juge des référés de dernier ressort semble rejeter l'influence de la nature fondamentale du droit violé sur l'appréciation du caractère irréparable du préjudice subi, il en tire néanmoins des conséquences sur l'appréciation du caractère grave dudit préjudice (d).

a. *L'importance de la nature des droits fondamentaux violés*

La première observation, fondant le rejet du revirement de jurisprudence, consiste à indiquer, tout d'abord, « que la thèse selon laquelle un préjudice est par définition irréparable puisqu'il touche à la sphère des droits fondamentaux ne saurait être admise, dès lors qu'il ne suffit pas d'alléguer, de façon abstraite, une atteinte à des droits fondamentaux pour établir que le dommage qui pourrait en découler a nécessairement un caractère irréparable »⁷⁴, pour ensuite reconnaître, néanmoins, l'existence de violations de droits fondamentaux qui serait susceptible « en raison de la nature même du droit violé », de conduire « par elle-même » à la qualification de préjudice grave et irréparable⁷⁵.

Bien qu'il semble que la solution proposée en première instance ni ne réside dans le fait même que la violation alléguée concerne un droit fondamental ni ne dépende de la nature même du droit concerné, mais de l'intensité de la violation du dudit droit, trois remarques relatives à l'approche du juge des référés de dernier ressort relative à la nature du droit violé méritent toutefois d'être soulignées.

Droit au respect de la vie privée. Premièrement, l'ordonnance indique expressément que cette approche ne s'applique pas lorsque la partie requérante cherche à prévenir une violation résultant de la publication de données commerciales prétendument couvertes par le secret professionnel⁷⁶.

À cet égard, il convient de rappeler que, conformément au principe d'homogénéité posé à l'article 52, paragraphe 3 *in limine*, de la charte, lorsque des droits contenus dans la charte correspondent à des droits garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention.

⁷⁴ C.J. (ord.), 10 septembre 2013, *Commission/Pilkington Group*, *op. cit.*, note 47, point 40 *in limine*.

⁷⁵ *Ibid.*, point 41.

⁷⁶ *Ibid.*, point 42.

Aux termes de l'article 7 de la charte, « toute personne a droit au respect de sa vie privée [...] et de ses communications ». Cette disposition fait écho à l'article 8 CEDH, consacrant le droit au respect de la vie privée. L'interprétation de cet article par la Cour européenne des droits de l'homme a conduit à inclure les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales⁷⁷.

Par conséquent, le droit fondamental, auquel est refusé le bénéfice de l'approche relative à la reconnaissance d'un préjudice grave et irréparable du fait même de la nature du droit violé, est bien le droit au respect de la vie privée.

Hierarchie entre les droits. Au regard de ce qui précède, il y a lieu, deuxièmement, de noter que, comme violation de droit fondamental susceptible, en raison de la nature du droit violé, de donner lieu à un préjudice grave et irréparable *per se*, l'ordonnance du 10 septembre 2013 cite la violation de l'article 4 de la charte consacrant l'interdiction de la torture et des peines ou des traitements inhumains ou dégradants.

Dans la mesure où la même ordonnance précise que tel n'est pas le cas de la violation du droit au respect de la vie privée, consacré à l'article 7 de la charte, il semble, ainsi, être établi une hiérarchie entre les droits fondamentaux.

Une telle approche est, pour le moins, surprenante au regard du fait qu'il est traditionnellement admis que l'ensemble des droits fondamentaux, regroupés dans les chartes et conventions affirmant la reconnaissance et le respect de tels droits, sont égaux entre eux⁷⁸. Il n'existe, en principe, aucune supériorité de l'un sur l'autre, le juge étant amené à examiner les rapports de force entre chacun en fonction du cas d'espèce qui lui est soumis et procéder à une mise en balance afin de concilier ces différents droits⁷⁹.

Si, cependant, la théorie de la hiérarchisation des droits fondamentaux devait prévaloir en droit de l'Union, alors il est intéressant de relever que, en tout état de cause, la nature des droits fondamentaux en jeu dans les quatre ordonnances ayant conduit à la reconnaissance d'un risque de préjudice grave et irréparable du fait de la perte totale du bénéfice par la partie requérante ne relève pas des droits économiques, sociaux et culturels ou des droits collectifs, mais des droits souvent

⁷⁷ Voy., p. ex., Cour eur. D.H., arrêts *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, série A n° 251-B, paragraphe 29, Cour eur. D.H., *Société Colas Est e.a. c. France*, 16 avril 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-III, paragraphe 41, et Cour eur. D.H., *Peck c. Royaume-Uni*, 28 janvier 2003, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-I, paragraphe 57. Pour une reconnaissance de cette interprétation par la Cour de justice, voy. C.J., 14 février 2008, *Varec*, *op. cit.*, note 57, point 49.

⁷⁸ Sur cette question, voy., p. ex., M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, coll. Droit de la convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2011.

⁷⁹ Telle est l'approche suivie par la Cour de justice dans son arrêt *Varec*, *op. cit.*, note 57, point 52.

qualifiés de droits civils et politiques ou droits appartenant à la première catégorie ou de première génération. Le droit au respect de la vie privée devrait, dès lors, être aussi hiérarchiquement élevé que le droit de ne subir ni actes de torture ni peines ou traitements inhumains ou dégradants, à moins qu'il ne faille inclure une nouvelle hiérarchisation entre les valeurs, pourtant indivisibles et universelles, comprises, d'une part, sous le titre premier de la charte intitulé « Dignité » et, d'autre part, sous le titre deuxième de la charte intitulé « Libertés ».

En outre, au regard du sort réservé aux droits de la première catégorie, mais ne bénéficiant cependant pas de la protection *per se*, il ne semble pas déraisonnable de poser la question du devenir des autres droits, ceux de la deuxième ou troisième génération également protégés par la charte. Doit-il être ainsi appliqué un standard de preuve de la probabilité de survenance d'un préjudice grave et irréparable plus exigeant lorsqu'il est question de la violation d'un droit fondamental relevant de ces catégories ?

Enfin, l'aspect commercial des informations concernées semble être au cœur du raisonnement sous-tendant l'ordonnance du 10 septembre 2013. Cependant, qu'advierait-il de ce raisonnement si la violation du droit à la protection de la vie privée venait à concerner des informations non liées à une activité économique, telles que des informations personnelles contenues dans un rapport médical dont la diffusion serait faite pour les besoins de la recherche scientifique ? L'appréciation de la pertinence, à l'égard de cette situation, de la solution apportée dans l'ordonnance sera exposée ci-après dans le cadre de l'examen de ladite solution sous les développements relatifs au préjudice financier.

Droit au recours effectif passé sous silence. Troisièmement, si l'ordonnance du 10 septembre 2013 aborde le droit à la protection du secret d'affaires, elle passe en revanche sous silence la violation du droit au recours effectif. Or, dans les ordonnances rendues en première instance dans les affaires *Pilkington Group*, *Akzo Nobel* et *Evonik Degussa*, le juge des référés insistait pourtant sur la violation de deux droits fondamentaux. Dans son ordonnance *Alstom*, il s'est même arrêté à la seule considération de la violation du droit à une protection juridictionnelle effective.

La négation du droit à un recours effectif, dans le cas d'espèce, provenait du fait qu'en l'absence de suspension, l'un des effets possibles du recours en annulation – à savoir, l'interdiction de divulgation desdites informations – aurait été irréversiblement neutralisé. En d'autres termes, la seule réparation envisageable de la violation du droit à un recours effectif serait la remise en état, *i.e.* remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la survenance du dommage. Or, lorsqu'il est question de diffusion d'une information, le retour à la situation *ex ante* est tout simplement impossible.

L'observation contenue dans l'ordonnance du 10 septembre 2013 relative à la reconnaissance d'un préjudice grave et irréparable *per se* du fait de la nature du droit fondamental violé ne devrait-elle pas alors s'appliquer au droit à une protection juridictionnelle effective ? À ce stade, la question doit rester en suspens dans la mesure où cet aspect de la problématique n'a pas été examiné dans ladite ordonnance.

b. *L'indifférence de l'intensité de la violation*

Si la remarque relative à la nature du droit violé ne semblait pas être entièrement pertinente au regard de l'approche suivie par le juge des référés de première instance, la deuxième observation sur laquelle repose le rejet de la nouvelle approche porte, en revanche, précisément sur ce qui apparaît être l'élément central du raisonnement censuré.

Dans l'ordonnance du 10 septembre 2013, il est indiqué que le juge des référés du Tribunal aurait considéré que la condition relative à l'urgence aurait été remplie « en raison d'une simple violation des droits fondamentaux en tant que telle »⁸⁰. Cependant, il ressort de l'ordonnance du 11 mars 2013 qu'elle insistait sur le fait qu'il ne s'agissait pas d'une « simple violation » en l'espèce, mais de l'anéantissement du droit en question. C'est cet élément qui semble être au cœur de la nouvelle approche proposée. Ainsi, toute restriction ou « atteinte » ne conduirait pas à la satisfaction de la condition relative à l'urgence, conformément à la jurisprudence de la Cour posée dans son ordonnance *Camar* sur laquelle, pourtant, l'ordonnance du 10 septembre 2013 se fonde pour écarter le raisonnement de l'ordonnance de première instance.

S'il est vrai que cette nuance dans l'intensité de la violation du droit fondamental concerné est relevée dans l'ordonnance du 10 septembre 2013, il n'y est accordé toutefois pas plus d'importance dans la mesure où il est indiqué que « il suffit de constater que la différence existant entre ces deux affaires ne prive pas [l'ordonnance *Camar*] de sa pertinence [; e]n effet, cette différence ne modifie en rien l'obligation [...], qui incombe à la partie qui sollicite l'adoption d'une mesure provisoire, d'exposer et d'établir la probable survenance d'un préjudice grave et irréparable dans son cas particulier »⁸¹.

Écartée sans plus de développement, l'approche fondée sur la variation dans l'intensité de la violation est qualifiée d'erreur de droit et doit donc céder devant l'affirmation traditionnelle de la notion de « préjudice grave et irréparable ».

⁸⁰ C.J. (ord.), 10 septembre 2013, *Commission/Pilkington Group*, *op. cit.*, note 47, point 66.

⁸¹ *Ibid.*, point 43.

c. *L'absence d'impact de la charte*

La troisième et dernière observation, sur laquelle le rejet du revirement semble reposer, concerne la reconnaissance par le président du Tribunal du nouveau rôle que la charte doit jouer dans l'appréciation de la protection accordée par le juge de l'Union aux droits fondamentaux.

Dans le cadre de la procédure en référé en première instance, l'élévation de cet instrument au rang du droit primaire de l'Union, conformément à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, TUE, avait conduit à une nouvelle interprétation de la jurisprudence, vraisemblablement dans l'esprit de l'article 52, paragraphe 3, *in fine* de la charte. En effet, le juge des référés du Tribunal indiquait expressément que, au regard *inter alia* de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'abandon de l'approche suivie dans les ordonnances *Bank Austria* et *Microsoft*, en matière de protection d'informations prétendument confidentielles, se justifiait « dans la mesure où elle fai[sai]t abstraction des droits fondamentaux invoqués par celui qui demande la protection provisoire de ces informations »⁸².

Cependant, le juge des référés de dernier ressort estime que « [l]a protection renforcée des droits fondamentaux qui découlerait du traité de Lisbonne ne remet pas en cause [la jurisprudence *Camar*], dès lors que ces droits, et notamment ceux invoqués en l'espèce, étaient déjà protégés dans le droit de l'Union avant l'entrée en vigueur de ce traité »⁸³.

Ainsi, bien qu'il ne soit pas nié que ce nouvel instrument puisse accorder une protection renforcée aux droits fondamentaux, l'impact de la charte sur la jurisprudence antérieure ayant fait primer la possible réparation financière sur la préservation d'un droit fondamental semble négligeable, si ce n'est nul.

d. *La reconnaissance de la gravité*

Si l'ordonnance du 10 septembre 2013 rejette l'approche proposée en première instance en estimant que le juge des référés du Tribunal devait examiner le caractère irréparable du préjudice allégué selon les canons de la jurisprudence relative au préjudice purement financier, il convient de relever cependant que, en ce qui concerne l'appréciation de la gravité dudit préjudice, elle semble se détacher des principes applicables en matière de préjudice matériel.

⁸² Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Pilkington Group/Commission*, *op. cit.*, note 62, point 53. Voy. également notes 68 et 69.

⁸³ C.J. (ord.), 10 septembre 2013, *Commission/Pilkington Group*, *op. cit.*, note 47, point 40 *in fine*. Voy., dans le même sens, C.J., 26 novembre 2013, *Gascogne Sack Deutschland/Commission*, C-40/12 P, non encore publié au *Rec.*, point 28.

En effet, comme il sera exposé *infra*, traditionnellement, la jurisprudence reconnaît que la détermination de la gravité d'un préjudice financier se fonde sur un test comparatif entre la situation économique de la partie requérante et l'importance du préjudice allégué. Or, dans l'ordonnance du 10 septembre 2013, il est observé, tout d'abord, qu'une « annulation ultérieure de la décision litigieuse, pour violation de l'article 339 TFUE et du droit fondamental à la protection du secret professionnel, n'inverserait pas les effets découlant de la publication de ces informations » et « [e]n conséquence, [la partie requérante] serait privée d'une protection juridictionnelle effective si les informations litigieuses étaient communiquées avant que le litige au fond ne soit résolu »⁸⁴. De ce constat, il est conclu que ce préjudice « présente le degré de gravité requis » dans la mesure où « en partant de la prémisse selon laquelle les informations [...] étaient couvertes par le secret professionnel, leur publication occasionnerait *nécessairement* un préjudice important à [la partie requérante], eu égard au fait qu'il s'agit d'informations commerciales spécifiques concernant des éléments tels que l'identité des clients, le nombre de pièces fournies, les calculs de prix et les modifications de prix »⁸⁵.

Ce raisonnement appelle trois observations. En premier lieu, il ne semble pas exclu que les principes posés par la jurisprudence traditionnelle en matière d'évaluation de la gravité puissent être appliqués en l'espèce. En effet, en fonction du nombre de clients concernés et leur importance au regard de l'activité de la partie requérante, la gravité du préjudice pourrait être faible par rapport à la situation économique de cette entreprise. Dès lors, la révélation du nombre de pièces fournies, le calcul de prix et leur modification pourraient fort bien avoir un impact minime sur le chiffre d'affaires de ladite société.

En deuxième lieu, la manière dont cette ordonnance se départit de l'approche classique confine à une reconnaissance automatique et systématique de la gravité d'une divulgation d'informations prétendument couvertes par le secret professionnel du fait de l'absence de protection juridictionnelle effective. Il convient, en outre, de relever que cette approche semble faire écho au fait que, dans son ordonnance du 7 mars 2013, *EDF/Commission*, dont il sera question ci-après, le juge des référés de dernier ressort a envisagé, dans le cadre d'un préjudice cependant tout à fait différent, que la gravité « puisse être considérée comme évidente, même en l'absence d'informations concernant la taille de l'entreprise concernée »⁸⁶.

⁸⁴ C.J. (ord.), 10 septembre 2013, *Commission/Pilkington Group*, *op. cit.*, note 47, point 46.

⁸⁵ *Ibid.*, point 47, soulignement ajouté.

⁸⁶ C.J. (ord.), 7 mars 2013, *EDF/Commission*, *op. cit.*, note 46, point 33.

En troisième et dernier lieu, alors que l'ordonnance du 10 septembre 2013 semble reconnaître que l'absence de suspension conduirait à neutraliser les effets de l'arrêt au fond, il n'en est tiré de conséquences qu'au regard du caractère grave du préjudice et non au regard de la limitation des pouvoirs du juge des référés. Dès lors, à partir du moment où il serait considéré que le préjudice est réparable, le fait de préjuger des effets de l'arrêt du juge du fond ne semble plus être un obstacle aux pouvoirs du juge de l'urgence.

Conclusion sur le préjudice résultant de la violation de droits fondamentaux. Il ressort de l'ordonnance du 10 septembre 2013 une claire réaffirmation qu'il ne peut y avoir aucune reconnaissance générale d'un préjudice grave et irréparable du fait de la violation d'un droit fondamental, mis à part les cas où la violation concernerait certains droits qui, par nature, ne souffrent aucune possibilité de restriction.

Bien qu'il ne soit pas évident que le droit à une protection juridictionnelle effective subisse le même traitement, il semble cependant que les droits fondamentaux doivent être appréciés à l'aune de la notion de droits patrimoniaux, entraînant un examen nécessaire du caractère irréparable du préjudice allégué. En revanche, le caractère grave du préjudice semble pouvoir être reconnu dans tous les cas relatifs à la divulgation d'informations confidentielles. On rappellera également que, dans ces situations, la condition relative au *fumus boni juris* semble, de la même manière, suivre un régime de reconnaissance quasi-automatique de son bien-fondé⁸⁷.

Dans la mise en balance des intérêts, s'il est clair que la partie requérante perd son droit à un recours effectif et voit son droit à la protection d'informations confidentielles gravement atteint, en revanche, il ne ressort pas clairement quel est l'intérêt supérieur de la Commission à publier immédiatement, *i.e.* sans attendre l'arrêt au fond – voire l'arrêt sur pourvoi, s'il est introduit – lesdites informations dans la mesure où les actions en dommages et intérêts peuvent être introduites devant le juge national et suspendues au motif que la divulgation d'informations prétendument confidentielles – et dont il n'est pas certain qu'elles revêtent un quelconque intérêt pour ces procédures en indemnité – est retardée jusqu'à l'adoption d'une décision par le juge de l'Union. Dès lors, premièrement, en présence d'un *fumus boni juris* caractérisé, deuxièmement, prenant en compte la reconnaissance par le vice-président de la Cour de la gravité du préjudice résultant d'une telle divulgation et, troisièmement, au regard du caractère accessoire et provisoire de la procédure de référé, il ne semble pas déraisonnable de convenir que l'aspect irréparable du préjudice devrait être

⁸⁷ Voy., *supra*, p. 357.

examiné de manière moins stricte, conformément à la jurisprudence reconnaissant l'influence de l'appréciation des conditions les unes sur les autres. Tel ne semble cependant pas être le cas en l'état actuel de la jurisprudence.

B. *Le préjudice financier*

1. *Le caractère grave du préjudice financier*

a. *La place de l'appréciation de la situation financière*

La réforme du règlement de procédure de la Cour de justice a conduit à transférer la compétence de juge des référés, originellement dévolue au président de la Cour, au vice-président de la Cour, fonction créée également par l'adoption de ce nouveau règlement de procédure. Or, la première ordonnance rendue par le vice-président de la Cour en qualité de juge des référés, l'ordonnance du 7 mars 2013 adoptée dans l'affaire C-551/12 P(R), *EDF/Commission*, rendue sur pourvoi, est venue modifier l'appréciation du critère relatif à la gravité du préjudice allégué par le demandeur en référé. Afin de bien comprendre les apports de cette ordonnance (ii), il convient, tout d'abord, de rappeler brièvement l'état du droit antérieur (i).

i. *La situation avant l'ordonnance EDF du 7 mars 2013*

Dans le cadre de l'examen de la gravité d'un préjudice financier allégué par un demandeur, la situation financière de ce dernier ainsi que celle du groupe auquel il appartient, le cas échéant, ont toujours été des critères essentiels pris en compte par le juge des référés.

En effet, le caractère grave d'un préjudice pouvait ressortir de la comparaison entre le montant estimé du préjudice et la taille (chiffre d'affaires) de l'entreprise, ou de son groupe, qui le subirait. Dès lors, une importance particulière était mise sur la nécessité de fournir au juge des référés, dès l'introduction de la demande de suspension ou de mesures provisoires et dans le corps du texte de ladite demande, des indications concrètes et précises, étayées par des documents détaillés, qui permettent d'établir une image fidèle et globale de la situation financière⁸⁸.

ii. *La situation après l'ordonnance EDF du 7 mars 2013*

Non-exclusivité de la comparaison entre l'importance du préjudice et celle de l'entreprise. Le test comparatif reste, après l'adoption de

⁸⁸ Trib. (ord.), 11 octobre 2012, *EDF/Commission*, T-389/12 R, non publiée au *Rec.*, point 17 et la jurisprudence citée.

l'ordonnance *EDF*, d'actualité. Ainsi, il est encore parfaitement concevable que « dans certaines circonstances, les arguments tenant à la gravité d'un préjudice allégué peuvent être écartés sur la base d'une simple comparaison entre celui-ci et le chiffre d'affaires de l'entreprise qui serait susceptible de le subir »⁸⁹.

Cependant, l'ordonnance souligne que ce test ne doit pas être considéré comme étant exclusif de toute autre approche. Elle reconnaît, en effet, une situation où la pertinence de ce test fait défaut et doit s'éclipser en faveur d'une approche différente.

Détermination de la situation. Cette situation est celle où le préjudice financier allégué est, d'une part, « objectivement considérable » et, d'autre part, résulte d'une « obligation d'exercer définitivement un choix commercial important dans un délai inopportun »⁹⁰. Dans la mesure où l'ordonnance du 11 octobre 2012 s'est vue censurée au motif que le rejet ne pouvait se fonder sur la seule absence d'information relative à la taille de l'entreprise concernée, il convient de considérer que les faits de cette affaire sont une illustration de cette situation.

Or, dans cette affaire, le préjudice allégué consistait dans le fait pour la partie requérante de devoir choisir impérativement avant une date déterminée entre deux options prévues par un engagement pris comme condition préalable à l'autorisation d'une opération de concentration, à savoir soit l'adoption d'une décision définitive d'investir elle-même dans un projet de développement d'une centrale électrique, soit la cession de ce projet, alors que chacune de ces options impliquait prétendument la réalisation d'une perte financière pour elle. Cette perte provenait du fait que, si la voie de l'investissement était préférée, le projet – représentant un coût estimé à 800 millions d'euros – pourrait couvrir ses coûts annuels fixes et variables, mais n'aurait certainement pas couvert l'investissement initial et n'aurait pas atteint le seuil de rentabilité requis, tandis que, si la voie de la cession immédiate du projet était choisie, cela aurait représenté un risque sérieux de vente à perte et aurait été irréversible en ce que la requérante aurait perdu l'opportunité d'investir elle-même dans le projet⁹¹.

Au regard de ce qui précède, une observation semble devoir être faite pour chacune des conditions déterminant la situation pour laquelle l'ordonnance *EDF* du 7 mars 2013 estime que le test comparatif n'est pas pertinent. Premièrement, en ce qui concerne l'élément selon lequel le préjudice résulte

⁸⁹ C.J. (ord.), 7 mars 2013, *EDF/Commission*, *op. cit.*, note 46, point 32.

⁹⁰ *Ibid.*, point 33.

⁹¹ *Ibid.*, point 43.

d'une « obligation d'exercer définitivement un choix commercial important dans un délai inopportun », il semble que cet aspect soit très circonstanciel. Les faits de l'espèce sont, en effet, très particuliers et il n'est pas évident que ce type de situation se reproduise souvent. La question de la possibilité d'élargissement de cette situation particulière à d'autres types de situation devient dès lors essentielle⁹². Néanmoins, même si ce critère apparaît très spécifique au cas qui était soumis au vice-président de la Cour, il n'en demeure pas moins que cette ordonnance a le mérite de conduire à revisiter toutes situations à l'aune de ce critère, ce qui n'échappera pas aux demandeurs en référé à l'avenir. Deuxièmement, en ce qui concerne l'élément selon lequel, dans cette situation, le préjudice financier est « objectivement considérable », il semble permis de s'interroger sur la signification concrète du terme « objectivement ». S'il écarte par nature toute appréciation subjective, il conviendrait alors d'effectuer une appréciation sur la base de données neutres. Or, tel est le but recherché par l'application du test comparatif qui, cependant, est précisément exclu dans cette situation. Si l'on regarde alors les faits de l'espèce, il en ressort que le préjudice financier ne faisait pas l'objet d'estimation chiffrée de son importance et consistait uniquement dans les conséquences qui auraient résulté du choix que la partie requérante aurait dû faire entre les deux options : dans un cas, une perte de rentabilité et, dans l'autre cas, une vente à perte⁹³. De ces seuls éléments, il semble qu'il faille tirer la conclusion que le préjudice financier allégué était donc « objectivement considérable ».

Approche. Il ressort de l'ordonnance du 7 mars 2013 que, dans une telle hypothèse, l'examen de la gravité du préjudice ne peut donc se résumer à la comparaison entre l'importance dudit préjudice et celle de l'entreprise concernée. En outre, ladite ordonnance précise qu'il ne peut être exclu que « la gravité d'un tel préjudice puisse être considérée comme évidente, même en l'absence d'informations concernant la taille de l'entreprise concernée »⁹⁴.

ÉVIDENCE DE LA GRAVITÉ. L'importance qu'il faut porter au terme « évidente » n'est pas sans soulever quelques interrogations. En effet, l'évidence de cette gravité peut-elle l'être sans autre élément d'information ? Une telle interprétation fait alors écho aux questionnements exposés ci-dessus relatifs à l'adverbe « objectivement ». Il n'est pas inconcevable toutefois que ce terme signifie, en

⁹² Voy., dans ce sens, les développements relatifs à la reconnaissance de la gravité du préjudice suite à l'ordonnance du 10 septembre 2013, *supra*, p. 372.

⁹³ Le vice-président de la Cour, dans son ordonnance du 7 mars 2013, *EDF/Commission*, *op. cit.*, note 46, le souligne expressément au point 42.

⁹⁴ C.J. (ord.), 7 mars 2013, *EDF/Commission*, *op. cit.*, note 46, point 33.

fait, que la gravité peut être « évidente » sur la base d'autres éléments d'information. Cette dernière hypothèse aurait notre préférence.

Cependant, le terme prête à confusion dans la mesure où si la gravité est déterminée sur la base d'autres éléments alors elle n'est plus « évidente », mais « caractérisée ». C'est la démarche qui semble avoir été suivie dans l'ordonnance du 7 mars 2013, puisque la qualification de « grave » a été rejetée, notamment, du fait de l'absence d'éléments d'information à cet égard.

Au regard de ces remarques, il ne semble donc pas possible d'exclure avec certitude la possibilité pour le juge des référés de conclure à l'évidence de la gravité sur la base d'aucun autre élément de preuve de cette évidence...

DÉTERMINATION DE LA GRAVITÉ. Si l'on examine en détail le traitement de la gravité du préjudice dans l'ordonnance *EDF* du 7 mars 2013, il en ressort qu'il repose sur trois éléments : l'absence d'indication pertinente en ce qui concerne la nature et l'importance du préjudice allégué, l'absence de prévisibilité dudit préjudice, et l'absence de lien de causalité entre ledit préjudice et l'acte dont la suspension est demandée⁹⁵.

Il convient de noter que, si les deux derniers éléments font bien partie de l'examen par le juge des référés de la condition relative à l'urgence, ils sont en revanche détachables – en principe – de l'examen de la gravité du préjudice. En effet, dans la jurisprudence antérieure à l'ordonnance *EDF* du 7 mars 2013, il n'était pas inconcevable de trouver un préjudice grave, mais dont la certitude faisait défaut. De la même manière, le préjudice pouvait être grave, mais ne pas résulter de l'acte attaqué. L'approche suivie dans l'ordonnance *EDF* du 7 mars 2013 semble procéder à une réécriture du schéma d'analyse relatif à la gravité d'un préjudice, liant la qualification de cette dernière à la prévisibilité et au lien de causalité avec l'acte attaqué. Si tel était le cas, un préjudice ne pourrait plus être qualifié de « grave » dès lors que sa prévisibilité fait défaut ou qu'il ne résulte pas de l'acte attaqué.

La difficulté avec une telle approche réside dans le fait qu'il ne semble pas exister de raison particulière pour rattacher ces deux éléments à l'examen de la gravité plutôt qu'à celui du caractère irréparable d'un préjudice. En effet, il pourrait tout aussi bien être posé comme principe qu'un préjudice ne peut plus être qualifié d'irréparable dès lors que sa prévisibilité fait défaut ou qu'il ne résulte pas de l'acte attaqué. Dès lors, il semble plus approprié de conserver ces deux éléments comme critères détachables de l'examen de la gravité ou du caractère irréparable d'un préjudice.

⁹⁵ *Ibid.*, points 44 à 52.

Reste alors le premier élément : l'absence d'indication pertinente en ce qui concerne la nature et l'importance du préjudice allégué. Il ressort ainsi clairement de l'ordonnance du 7 mars 2013 que l'accent est mis sur la production par la requérante d'informations relatives au préjudice par rapport à celles concernant l'entreprise et son groupe. En effet, en l'espèce, l'absence d'information relative aux caractéristiques de l'entreprise concernée et de son groupe n'a pas été considérée comme suffisante pour fonder la conclusion selon laquelle la gravité du préjudice allégué n'était pas démontrée. En revanche, ladite ordonnance souligne que la requérante n'a pas fourni « la moindre indication pertinente » en ce qui concerne la nature et l'importance du préjudice allégué⁹⁶.

On relèvera que, dans son ordonnance du 11 octobre 2012, le président du Tribunal avait également abordé cet aspect pour considérer que le caractère « grave » du préjudice n'avait pas été démontré⁹⁷. S'il est vrai que l'accent avait été mis sur l'absence d'information relative aux caractéristiques de l'entreprise concernée et de son groupe⁹⁸, le caractère imprécis des informations relatives au préjudice avait aussi été souligné à titre surabondant⁹⁹. Il semble que le vice-président de la Cour ait choisi de privilégier ce dernier aspect dans la démonstration de la gravité du préjudice.

Cependant, la question demeure quant à la signification concrète de l'expression « la nature et l'importance du préjudice ». En effet, quel est précisément le type d'information qu'il aurait fallu apporter pour démontrer ce caractère « grave » ? Dans la mesure où le raisonnement qui fonde le rejet du caractère « grave » dans l'ordonnance du 7 mars 2013 se concentre avant tout sur les aspects relatifs à l'absence d'information concernant, d'une part, la prévisibilité du préjudice et, d'autre part, le lien de causalité entre le préjudice et l'acte attaqué, il n'est pas évident d'identifier quelles auraient pu être les informations pertinentes qui auraient dû être produites quant à la nature du préjudice. De la même manière, il ne semble pas aisé de distinguer celles relatives à l'importance du préjudice, qui faisaient défaut, de celles relatives aux caractéristiques de l'entreprise et de son groupe, dont le défaut n'était pas « fautif ». En effet, il semble que la production d'informations quant à l'impact du préjudice au regard de la situation financière de l'entreprise et de son groupe satisfierait la demande d'informations concernant l'importance du préjudice. Cependant, c'est bien le raisonnement fondé sur le non-respect de cette exigence qui a été

⁹⁶ C.J. (ord.), 7 mars 2013, *EDF/Commission*, *op. cit.*, note 46, point 45.

⁹⁷ Trib. (ord.), 11 octobre 2012, *EDF/Commission*, *op. cit.*, note 88, point 25.

⁹⁸ *Ibid.*, points 20 et 21.

⁹⁹ *Ibid.*, points 25 et 26.

censuré par l'ordonnance du 7 mars 2013. L'incertitude quant à la signification concrète de l'expression « indication pertinente [...] en ce qui concerne la nature et l'importance du préjudice » est d'autant plus dommageable que le rejet de l'argument relatif au caractère non-quantifiable du préjudice se fonde également sur le fait que la requérante n'a pas exposé de manière adéquate la nature et l'importance du préjudice¹⁰⁰.

Il est probable que l'absence de prévisibilité du préjudice allégué aurait suffi à justifier le rejet de la demande, car aujourd'hui il ne semble pas aisé de répondre à la question de savoir ce que signifie un préjudice « grave ».

b. *La mise en péril ou la perte de part de marché*

i. *La situation avant l'ordonnance EDF du 7 mars 2013*

S'il est indéniable que ces critères ont toujours été très liés à l'examen du caractère irréparable du préjudice allégué¹⁰¹, il convient cependant de relever qu'il ressort de la jurisprudence qu'un préjudice peut également être considéré comme étant grave dès lors que, au regard des éléments relatifs à la situation financière de l'entreprise concernée et – le cas échéant – de son groupe, en l'absence des mesures provisoires sollicitées, la partie requérante se retrouverait dans une situation susceptible soit de mettre en péril sa viabilité financière, voire son existence même, soit de modifier ses parts de marché de manière importante.

Ainsi, dans son ordonnance du 28 avril 2009, rendue dans l'affaire *United Phosphorus/Commission*, le président du Tribunal indique que « [d]ans l'hypothèse d'un [préjudice d'ordre purement financier], la mesure provisoire sollicitée ne se justifie que s'il apparaît que, en l'absence d'une telle mesure, le requérant se trouverait dans une situation susceptible de *mettre en péril son existence* avant l'intervention de l'arrêt mettant fin à la procédure au principal [... ; l]'imminence de la disparition du marché constituant effectivement un préjudice *tant irrémédiable que grave*, l'adoption de la mesure provisoire demandée apparaît justifiée dans une telle hypothèse » et ajoute que « [s]'il a également été tenu compte du fait que, en l'absence de la mesure provisoire sollicitée, les *parts de marché du requérant seraient modifiées de manière irrémédiable*, il doit être précisé que ce cas de figure ne saurait être mis sur un pied d'égalité avec celui du risque de la disparition du marché et justifier l'adoption de la mesure provisoire demandée que si la modification irrémédiable des

¹⁰⁰ C.J. (ord.), 7 mars 2013, *EDF/Commission*, *op. cit.*, note 46, points 59 à 61.

¹⁰¹ Voy., p. ex., Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, *op. cit.*, note 20, point 20.

parts de marché *présente aussi un caractère grave* [; i] ne suffit donc pas qu'une part de marché risque d'être *irréremédiablement perdue* par une entreprise, mais il importe que cette part de marché soit *suffisamment importante* au regard, notamment, de la taille de cette entreprise, compte tenu des caractéristiques du groupe auquel elle se rattache par son actionnariat [...] »¹⁰².

De la même manière, dans son ordonnance du 26 février 2007, rendue dans l'affaire *Sumitomo Chemical Agro Europe/Commission*, le président du Tribunal a conclu que, en l'absence d'éléments relatifs à la situation matérielle de la requérante, il lui était impossible « d'apprécier la gravité du préjudice lié à une perte éventuelle de parts de marché allégué par la requérante »¹⁰³. Or, le président de la Cour, se prononçant sur pourvoi, n'a pas censuré cette approche¹⁰⁴.

Plus récemment, dans son ordonnance du 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, le juge des référés de première instance a procédé à l'évaluation de la mise en péril de l'existence de la partie requérante par rapport à la possibilité de déblocage de certains fonds pour qualifier la gravité du préjudice encouru¹⁰⁵.

ii. *La situation après l'ordonnance EDF du 7 mars 2013*

Absence de pertinence des critères « mise en péril » et « perte de part de marché ». Le critère relatif à la mise en péril de l'existence même de l'entreprise concernée, d'une part, et celui relatif à la modification de manière importante des parts de marché de cette dernière, d'autre part, sont exclus de l'analyse portant sur la gravité du préjudice allégué. En effet, ces deux critères « relèvent, par leur nature, de la notion de caractère irréparable » dudit préjudice¹⁰⁶.

Par conséquent, la question se pose de savoir si, dans le cadre de l'examen du caractère irréparable du préjudice, le fait que la perte de part de marché soit « importante » a une pertinence. En effet, cet aspect ne relève-t-il pas alors de l'examen portant sur la gravité du préjudice ? Dès lors, si la gravité du préjudice est démontrée autrement que sur la base de l'importance de la perte, la démonstration du caractère irréparable peut concerner une perte faible, mais

¹⁰² Trib. (ord.), 28 avril 2009, *United Phosphorus/Commission*, T-95/09 R, non publiée au *Rec.*, points 34 et 35 (soulignements ajoutés).

¹⁰³ Trib. (ord.), 26 février 2007, *Sumitomo Chemical Agro Europe/Commission*, T-416/06, non publiée au *Rec.*, point 72.

¹⁰⁴ C.J. (ord.), 23 janvier 2008, *Sumitomo Chemical Agro Europe/Commission*, C-236/07 P(R), non publiée au *Rec.*, points 30 à 32.

¹⁰⁵ Voy., p. ex., Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, *op. cit.*, note 20, points 27 à 29.

¹⁰⁶ C.J. (ord.), 7 mars 2013, *EDF/Commission*, *op. cit.*, note 46, point 34.

irréparable. Ainsi, une faible perte de part de marché dans un secteur à haut rendement financier et à évolution rapide par une entreprise pour laquelle le chiffre d'affaires est principalement constitué par cette activité pourrait désormais être qualifiée de préjudice grave et irréparable, et ainsi satisfaire la condition relative à l'urgence. Un tel résultat serait l'avènement d'une nouvelle approche dans le contentieux du référé.

Conclusion sur le caractère grave du préjudice financier. Si de nombreuses questions d'interprétation restent en suspens quant à l'application de l'approche préconisée dans l'ordonnance *EDF* du 7 mars 2013 relative à l'appréciation de la gravité d'un préjudice financier allégué par un demandeur en référé, il semble cependant raisonnable de garder à l'esprit les deux enseignements principaux. Premièrement, une application automatique du test comparatif est désormais à proscrire. Deuxièmement, dans chaque situation soumise au juge des référés, il convient d'examiner la pertinence d'éléments d'informations relatifs non seulement à la taille et au chiffre d'affaires de l'entreprise et, le cas échéant, du groupe auquel elle appartient, mais également à la nature et l'importance du préjudice. Les caractéristiques de ce dernier doivent être expliquées de manière détaillée, la requérante devant fournir des éléments d'argumentation et de preuve précis et convaincants.

2. *Le caractère irréparable du préjudice financier*

Principe. Selon une jurisprudence constante, « il est bien établi qu'un préjudice de caractère financier ne peut, sauf circonstances exceptionnelles, être regardé comme irréparable ou même difficilement réparable, dès lors qu'il peut faire l'objet d'une compensation financière ultérieure »¹⁰⁷.

Justification. Cette jurisprudence repose sur la prémisse qu'un préjudice d'ordre financier, qui ne disparaîtrait pas du simple fait de l'exécution par l'institution concernée de l'arrêt intervenu au principal, constitue une perte économiquement susceptible d'être réparée dans le cadre des voies de recours prévues par le traité, notamment par les articles 268 (recours en indemnité) et 340 (responsabilité contractuelle et non contractuelle de l'Union) TFUE¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Voy., parmi de très nombreux exemples, C.J. (ord.), 14 décembre 2011, *Commission/Euroalliances e.a.*, C-404/01 P(R), *Rec.*, p. I-10367, point 69, C.J., 18 octobre 1991, *Abertal e.a./Commission*, C-213/91 R, *Rec.*, p. I-5109, point 24, C.J., 11 avril 2001, *Commission/Cambridge Healthcare Supplies*, C-471/00 P(R), *Rec.*, p. I-2865, point 113, Trib. (ord.), 30 juin 1999, *Alpha/Conseil*, T-70/99 R, *Rec.*, p. II-2027, point 128, Trib., 20 juillet 2000, *Esedra/Commission*, T-169/00 R, *Rec.*, p. II-2951, point 44, et Trib., 15 juin 2001, *Bactria Industriehygiène-Service/Commission*, T-339/00 R, *Rec.*, p. II-1721, point 94.

¹⁰⁸ Voy., parmi de très nombreux exemples, Trib. (ord.), 3 mars 1997, *Comafrika et Dole Fresh Fruit Europe/Commission*, T-6/97 R, *Rec.*, p. II-291, point 49, Trib., 1^{er} octobre 1997, *Comafrika et Dole Fresh Fruit*

Exceptions. Traditionnellement, lesdites « circonstances exceptionnelles » recouvrent deux types de situations¹⁰⁹ : le risque de disparition de la partie requérante¹¹⁰ et le caractère non quantifiable du préjudice¹¹¹.

Cependant, l'application *in concreto* de ces exceptions a été remise en cause du fait de la reconnaissance progressive de la possibilité de réparer financièrement tout préjudice (a). L'ordonnance *Pilkington Group* du vice-président de la Cour semble mettre un frein à cette évolution de la jurisprudence (b).

a. *L'évolution vers le « tout réparable »*

Exception #1 - Non quantifiable. Le contentieux des marchés publics illustre bien l'évolution progressive de l'abandon de la jurisprudence reconnaissant l'existence de préjudice non quantifiable. En effet, les ordonnances de référé rendues dans cette matière abordent fréquemment la question du caractère irréparable du préjudice subi en raison de la perte de chance de remporter un appel d'offres, dont la légalité de la procédure est contestée au principal. Or, le président du Tribunal a reconnu, à diverses reprises, qu'un tel préjudice était très difficile à quantifier et, par conséquent, très difficilement réparable, voire purement et simplement irréparable¹¹².

Possible attribution judiciaire d'une valeur patrimoniale au préjudice. Cependant, dans son ordonnance du 25 avril 2008, *Vakakis/Commission*, le juge des référés de première instance prend acte de l'arrêt du 21 février 2008, *Commission/Girardot*¹¹³, dans lequel la Cour confirme l'approche du Tribunal adoptée aux fins de réparation du préjudice subi du fait de la perte d'une chance d'être recruté pour un emploi dans la fonction publique de l'Union européenne¹¹⁴. Il relève, ainsi, que, « lorsque le Tribunal accorde des dommages et intérêts sur la base de l'attribution d'une valeur économique au préjudice subi

Europe/Commission, T-230/97 R, Rec., p. II-1589, point 38, et Trib., 20 juillet 2000, *Esedra/Commission*, op. cit., note 107, point 47.

¹⁰⁹ Voy., p. ex., C.J. (ord.), 23 mai 1990, *Comos-Tank et Matex Nederland/Commission*, C-51/90 R et C-59/90 R, Rec., p. I-2167, point 24, Trib. (ord.), 2 mars 1998, *Antilles néerlandaises/Conseil*, T-310/97 R, Rec., p. II-455, point 66, confirmée par C.J. (ord.), 25 juin 1998, C-159/98 P(R), Rec., p. I-4147, et Trib., 21 mars 1997, *Antillean Rice Mills/Conseil*, T-41/97 R, Rec., p. II-447, point 47.

¹¹⁰ Voy., p. ex., Trib. (ord.), 3 décembre 2002, *Neue Erba Lautex/Commission*, T-181/02 R, Rec., p. II-5081, point 84, et Trib. 28 mai 2001, *Poste Italiane/Commission*, T-53/01 R, Rec., p. II-1479, point 120.

¹¹¹ Voy., p. ex., Trib. (ord.), 7 juillet 1998, *Van den Bergh Foods/Commission*, T-65/98 R, Rec., p. II-2641, point 65, et Trib., 20 septembre 2005, *Deloitte Business Advisory/Commission*, T-195/05 R, Rec., p. II-3485, point 147.

¹¹² Voy., p. ex., Trib. (ord.), 20 septembre 2005, *Deloitte Business Advisory/Commission*, op. cit., note 111, points 144 à 148, et Trib. 20 juillet 2006, *Globe/Commission*, T-114/06 R, Rec., p. II-2627, points 117 à 118, et 127 à 129.

¹¹³ C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, Rec., p. I-833, point 76.

¹¹⁴ Trib., 6 juin 2006, *Girardot/Commission*, T-10/02, RecFP, p. I-A-2-129 et II-A-2-609.

en raison de ce manque à gagner, cette réparation est en principe susceptible de satisfaire à l'exigence, énoncée par la jurisprudence, d'assurer la réparation intégrale du préjudice individuel que la partie concernée a effectivement subi du fait des actes illégaux particuliers dont elle a été victime »¹¹⁵.

Dès lors, l'appréciation du caractère irréparable de la perte d'une chance par le juge des référés va suivre le principe selon lequel « dans les affaires où le préjudice n'est ni hypothétique ni purement éventuel et où il est donc incontestable, il peut être possible de déterminer sa valeur économique en dépit de la subsistance d'une incertitude quant à sa quantification exacte »¹¹⁶.

La possible attribution judiciaire d'une valeur économique au préjudice subi du fait de la perte de chance, permettant de le réparer adéquatement, va ainsi rendre l'argument fondé sur l'impossibilité de le quantifier dénué de pertinence. Ce constat est expressément affirmé par le juge des référés qui qualifie les ordonnances ayant reconnu le caractère irréparable du préjudice difficilement quantifiable comme étant dépassées¹¹⁷ et, de ce fait, elles doivent être délaissées¹¹⁸.

Au regard de cette approche, il semble qu'à la conclusion qui indique dans ces ordonnances que la partie requérante n'a pas établi que le préjudice financier invoqué serait très difficile à quantifier, il puisse être opposé la question de la faisabilité d'apporter la preuve du caractère non quantifiable, voire difficilement quantifiable, du préjudice allégué. En effet, la logique de ce raisonnement semble pouvoir mener à la conclusion que tout préjudice peut faire l'objet d'une évaluation de la valeur patrimoniale par le juge. Dès lors qu'un recours en indemnité peut être introduit, aucun préjudice ne semble pouvoir être qualifié d'irréparable.

Possible compensation par introduction d'un recours en indemnité.

Reste toutefois l'objection selon laquelle, au stade de la procédure de référé, le succès d'une telle voie de droit est incertain. En effet, s'il est possible d'envisager une réparation dudit préjudice en vertu de l'article 268 TFUE, encore faut-il, pour engager la responsabilité de l'Union au titre de l'article 340 TFUE, pouvoir démontrer que l'illégalité reconnue dans l'arrêt au fond est constitutive d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit protégeant la partie requérante¹¹⁹, ce qui présuppose la preuve que l'institution ayant

¹¹⁵ Trib. (ord.), 25 avril 2008, *Vakakis/Commission*, T-41/08 R, non publiée au *Rec.*, point 66.

¹¹⁶ *Ibid.* Voy., en ce sens, C.J., 9 novembre 2006, *Agraz e.a./Commission*, C-243/05 P, *Rec.*, p. I-10833, point 42.

¹¹⁷ Trib. (ord.), 10 juillet 2009, *TerreStar Europe/Commission*, T-196/09 R, non publiée au *Rec.*, point 73 (concernant l'ordonnance *Deloitte Business Advisory/Commission*, *op. cit.*, note 111), et Trib. (ord.), 20 janvier 2010, *Agriconsulting Europe/Commission*, T-443/09 R, non publiée au *Rec.*, point 34 (concernant l'ordonnance *Globe/Commission*, *op. cit.*, note 112).

¹¹⁸ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Communicaid Group/Commission*, T-4/13 R, non encore publiée au *Rec.*, point 35.

¹¹⁹ C.J., 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conseil*, 5/71, *Rec.*, p. 975, point 11.

pris l'acte annulé a méconnu manifestement et gravement les limites qui s'imposent à son pouvoir lors de l'appréciation de l'intérêt de l'Union¹²⁰. La réparation ultérieure du préjudice subi peut, dès lors, paraître aléatoire et précaire. Cette incertitude a conduit le président du Tribunal, dans son ordonnance *Euroalliages*¹²¹, à refuser de prendre en considération la possible réparation du préjudice sur le fondement de l'existence même d'une voie de recours permettant une indemnisation et à conclure que lorsque les probabilités concrètes de succès d'un éventuel recours en dommages et intérêts sont incertaines, le préjudice présente un caractère irréparable.

Cependant, le président de la Cour, statuant sur pourvoi, a censuré cette conclusion en indiquant que « l'incertitude liée à la réparation d'un préjudice pécuniaire dans le cadre d'un éventuel recours en dommages et intérêts ne saurait être considérée, en elle-même, comme une circonstance de nature à établir le caractère irréparable d'un tel préjudice »¹²².

L'incertitude du recours en indemnité ne peut donc pas être prise en compte pour qualifier le préjudice allégué d'irréparable. Or, cette conclusion semble avoir été utilisée par la jurisprudence postérieure pour affirmer, d'une part, que la seule possibilité de former un recours en indemnité suffit à attester du caractère en principe réparable d'un tel préjudice, et ce malgré l'incertitude liée à l'issue du litige en question¹²³ et, d'autre part, que la partie requérante doit démontrer qu'elle serait dans l'impossibilité d'obtenir une compensation financière ultérieure par la voie d'un recours en indemnité¹²⁴.

Ainsi la présomption d'irréparabilité du fait de l'incertitude liée à la réparation d'un préjudice pécuniaire dans le cadre d'un éventuel recours en dommages et intérêts s'est transformée en une présomption de réparabilité du fait de l'existence même d'une voie de droit destinée à compenser financièrement le préjudice subi. Si cette interprétation de l'ordonnance *Euroalliages* du président de la Cour peut paraître extensive, elle a cependant été expressément

¹²⁰ C.J., 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil/Commission*, C-352/98 P, *Rec.*, p. I-5291, points 41 à 43.

¹²¹ Trib. (ord.), du 1^{er} août 2001, *Euroalliages e.a./Commission*, T-132/01 R, *Rec.*, p. II-2307, point 73 à 75.

¹²² C.J. (ord.), 14 décembre 2001, *Commission/Euroalliages e.a.*, *op. cit.*, note 107, point 71.

¹²³ Voy., p. ex., Trib. (ord.), du 24 avril 2009, *Nycomed Danmark/EMA*, T-52/09 R, *Rec.*, p. II-43*, point 73, Trib. (ord.), 26 mars 2010, *Sviluppo Globale/Commission*, T-6/10 R, *Rec.*, p. II-48*, point 32, Trib. (ord.), 9 juin 2010, *Colt Télécommunications France/Commission*, T-79/10 R, *Rec.*, p. II-107*, point 44, et Trib. (ord.), 9 juin 2011, *GRP Security/Cour des comptes*, T-87/11 R, *Rec.*, p. II-170*, point 35.

¹²⁴ Trib. (ord.), 9 juillet 2010, *Alcoa Trasformazioni/Commission*, T-177/10 R, non publiée au *Rec.*, point 58, Trib. (ord.), 10 juin 2011, *Eurallumina/Commission*, T-207/07 R, *Rec.*, p. II-171*, point 49, Trib. (ord.), 9 juin 2011, *Eurallumina/Commission*, T-62/06 RENV-R, *Rec.*, p. II-167*, point 46.

confirmée par ce dernier¹²⁵ et continue, donc, d'être appliquée de la sorte par le juge des référés de première instance¹²⁶.

Ainsi, la possibilité d'attribution par le juge d'une valeur pécuniaire à tout préjudice et la possibilité d'introduire un recours en indemnité semblent avoir fait évoluer l'exigence de la démonstration du caractère irréparable du préjudice subi en une *probatio diabolica*.

Nuance. Enfin, il convient, néanmoins, de relever qu'il semble que l'ordonnance du président du Tribunal du 11 mars 2013, *Communicaid Group/Commission* apporte une nuance à ce qui semble être devenu, dans certains contentieux, une quasi-impossibilité de prouver l'urgence. En effet, dans un développement fait à titre surabondant, il est indiqué que « l'urgence [pourrait] – spécialement dans le contentieux du référé en matière de marchés publics – être constituée par l'impérieuse nécessité de remédier le plus vite possible à ce qui apparaît, à première vue, comme une illégalité flagrante et extrêmement grave et, partant, comme un *fumus boni juris* particulièrement sérieux »¹²⁷. Ce tempérament n'ayant pas à ce jour trouvé d'application concrète dans la jurisprudence, il apparaît difficile de comprendre comment ce *fumus boni juris* particulièrement fort viendrait s'articuler avec un préjudice au caractère irréparable fuyant.

Exception #2 - Disparition. Dès lors, si l'invocation de la circonstance exceptionnelle relative à l'extrême difficulté – voire l'impossibilité – de quantifier le dommage subi semble désormais être devenue une voie confinante à l'utopie pour prouver le caractère irréparable du préjudice allégué, seul le risque de disparition de l'entité concernée subsisterait à cette fin.

En effet, comme le soulignait le président du Tribunal dans son ordonnance *Euroalliages*, « la disparition de la partie requérante, avant qu'il soit statué sur le fond, rendrait impossible l'engagement par cette dernière d'une quelconque action judiciaire en réparation »¹²⁸. Dès lors, l'argument fondé sur la détermination d'une valeur pécuniaire par le juge de l'indemnité est, dans une telle situation, dénué de sens, le recours en dommages et intérêts ne pouvant être introduit.

¹²⁵ C.J. (ord.), 25 octobre 2012, *Hassan/Conseil*, *op. cit.*, note 46, points 76 à 83. Voy., également, C.J. (ord.), 14 décembre 2011, *Alcoa Trasformazioni/Commission*, C-446/10 P(R), non encore publiée au *Rec.*, points 52 à 58.

¹²⁶ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Communicaid Group/Commission*, *op. cit.*, note 118, point 37, et Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Iranian Offshore Engineering & Construction/Conseil*, *op. cit.*, note 20, point 30.

¹²⁷ Trib. (ord.), 11 mars 2013, *Communicaid Group/Commission*, *op. cit.*, note 118, point 45.

¹²⁸ Trib. (ord.), 1^{er} août 2001, *Euroalliages e.a./Commission*, *op. cit.*, note 121, point 66.

Cependant, bien qu'il n'y ait pas d'exemple jurisprudentiel, il semble que, si l'on suit le raisonnement fondé sur la possible attribution d'une valeur pécuniaire au préjudice, cette circonstance exceptionnelle pourrait également être écartée. En effet, d'une part, la « mort » n'est pas exempte d'un exercice mathématique la rendant « patrimonialisable ». Le juge peut effectivement attribuer une valeur économique à ce préjudice, certes irréversible, mais qui devient alors réparable. D'autre part, l'action en réparation peut être intentée par le liquidateur de l'entreprise concernée ou les ayants droits.

Dès lors, le préjudice financier ne serait plus susceptible de constituer, de quelque manière que ce soit, un préjudice irréparable. Ainsi, dans ces situations, l'une des caractéristiques faisant défaut, la notion de préjudice grave et irréparable perdrait son sens et la condition de l'urgence ne pourrait plus jamais être satisfaite lorsque la nature du préjudice allégué serait qualifiée de purement pécuniaire.

Il est nécessaire ici de faire une rapide incise pour souligner le fait qu'une telle approche ne semble pas s'arrêter au préjudice financier. En effet, si le critère de la « réparabilité » se fonde sur la possible attribution d'une valeur économique au préjudice subi, alors tout préjudice quel qu'il soit est potentiellement réparable. En effet, le juge de l'indemnité peut toujours allouer des dommages et intérêts au titre de la compensation d'un préjudice effectivement subi. Le préjudice moral, esthétique, sanitaire, environnemental, etc. est, dans une société judiciarisée, considéré comme étant entièrement ou intégralement réparable au regard des règles de droit¹²⁹.

Néanmoins, il ne peut être passé sous silence le fait qu'une telle approche reviendrait alors à enterrer également la voie de droit qu'est le référé, telle que comprise par la jurisprudence depuis la création des Communautés européennes. En effet, cette voie de droit, considérée jusqu'alors comme prévue pour prévenir de la survenance d'un préjudice grave et irréparable, perdrait sa raison d'être s'il ne peut exister de préjudice satisfaisant au caractère irréparable. À cet égard, il convient de noter que la voie de droit, prévue par les traités, a – elle – été instituée, en ce qui concerne le sursis à exécution, pour pallier l'absence d'effet suspensif dans les situations où la Cour estime que

¹²⁹ Sur ces questions, voy., p. ex., M. FABRE-MAGNAN, « Le dommage existentiel », *D.*, 2010, p. 2376 ; M. NUSSENBAUM, A. LACABARATS, L. HABIB, A.-M. GUILLERME, C. GRARE-DIDIER, B. CERVEAU, P. BOUHANNA, N. MOLFESSIS, « La réparation du préjudice extrapatrimonial », in *Les limites de la réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 2009, p. 395 ; C. CORCAS-BERNARD, « Le préjudice extrapatrimonial à l'épreuve des réformes », *Responsabilité civile et assurances*, juillet 2012, étude 5.

les circonstances l'exigent¹³⁰ et, en ce qui concerne les mesures provisoires, comme une simple capacité offerte à la Cour sans autre précision¹³¹.

b. *Le retour du « non quantifiable »*

Comme il a été mentionné ci-avant, dans son ordonnance, rendue sur pourvoi de l'affaire T-462/12 R, *Pilkington Group/Commission*, le vice-président n'a pas suivi l'approche proposée en première instance et a emprunté un tout autre chemin.

Irréversibilité. Premièrement, l'ordonnance reconnaît le caractère irréversible de la publication des informations prétendument confidentielles, l'annulation par l'arrêt au fond de la décision ne pouvant inverser ces effets auprès d'un public qui en aura pris connaissance. Or, cet aspect ne semble devoir être nullement un obstacle pour l'exercice par le juge des référés de ses compétences, pouvant par là-même décider de ne pas adopter de mesures provisoires ni prononcer la suspension et, de ce fait, permettre la survenance d'un préjudice irréversible.

Cette conséquence n'apparaît pas en soi étrangère au contentieux de l'urgence dans la mesure où le juge des référés peut laisser un préjudice grave se produire s'il n'est pas irréparable ou, de la même manière, un préjudice irréparable, mais ne présentant pas de caractère grave.

Cependant, dans le cadre de la divulgation d'informations prétendument confidentielles – et devant être traitées comme telles sous peine d'empiéter sur les compétences du juge du fond – il semble que l'approche prônée dans l'ordonnance conduise à admettre la possibilité pour le juge des référés de préjuger de la décision au fond, puisque l'un des effets de l'arrêt pourrait être d'empêcher cette publication et ainsi de permettre la prise de connaissance d'informations par un public que leur propriétaire souhaite exclure.

Réparabilité. Deuxièmement, l'ordonnance examine le caractère réparable de ce préjudice irréversible en deux temps.

Nature du préjudice. Tout d'abord, le préjudice subi est qualifié comme étant de nature purement financière. En effet, « le préjudice invoqué par [la partie requérante] serait constitué, s'il devait se produire, par l'atteinte portée à ses intérêts commerciaux et économiques en conséquence d'une [libre] exploitation [par différentes catégories de tiers] »¹³².

¹³⁰ Article 278 TFUE.

¹³¹ Article 279 TFUE.

¹³² C.J. (ord.), 10 septembre 2013, C-278/13 P(R), *Commission/Pilkington Group*, *op. cit.*, note 47, point 51.

Il convient, d'ores et déjà, de relever que l'ordonnance aborde donc seulement le préjudice résultant de la violation du droit à la protection du secret professionnel. Celui tiré de la violation du droit au recours effectif ne semble pas faire l'objet de développement particulier. Cette observation rejoint celle relative au risque de préjuger d'un des effets de l'arrêt à venir dans l'affaire au principal, puisque le préjudice subi du fait de la violation de ce droit consiste à ne pas permettre à la partie requérante de bénéficier pleinement d'une voie de droit qui pourrait aboutir à l'occultation pleine et entière des informations de la sphère publique sans considération de l'exploitation qui pourrait en être faite.

Après avoir déterminé en quoi consiste factuellement le préjudice, l'ordonnance le qualifie juridiquement en indiquant que, « [d]ans l'hypothèse où ces intérêts commerciaux et économiques [...] seraient lésés en raison de la publication des informations en cause, le versement d'une compensation appropriée devrait, à tout le moins en théorie, suffire à réparer le préjudice invoqué [; d]ès lors, celui-ci peut effectivement être qualifié de financier »¹³³.

À cet égard, l'ordonnance applique la jurisprudence constante selon laquelle un préjudice pouvant faire l'objet d'une compensation financière à même de rétablir la personne lésée dans la situation antérieure à la survenance dudit préjudice est d'ordre pécuniaire.

L'ordonnance précise alors que, étant de nature financière, le préjudice trouverait, en principe, réparation dans le cadre d'un recours en indemnité.

Quantifiabilité. Cependant, l'ordonnance rappelle que tel n'est pas le cas des préjudices pécuniaires ne pouvant être chiffrés¹³⁴.

L'ordonnance distingue alors l'incertitude quant à la quantification de la valeur du préjudice de l'incertitude de la réparation, qui ne peut être prise en compte dans l'appréciation du caractère irréparable du préjudice dans la mesure où elle est un élément intrinsèque à la nature du recours en indemnité¹³⁵. En revanche, l'incertitude relative à la possible détermination de la valeur patrimoniale du préjudice mérite d'être examinée dans le cadre cette appréciation.

Dès lors, l'ordonnance réactive la circonstance exceptionnelle relative au caractère non quantifiable du préjudice en indiquant qu'un tel préjudice doit être considéré comme étant irréparable « lorsqu'il apparaît clairement, dès l'appréciation effectuée par le juge des référés, que le préjudice invoqué, compte tenu de sa nature et de son mode prévisible de survenance, ne sera pas

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*, point 52.

¹³⁵ *Ibid.*, point 53.

susceptible d'être identifié et chiffré de manière adéquate s'il se produit et que, en pratique, un recours en indemnité ne saurait par conséquent permettre de le réparer »¹³⁶. Ainsi, l'ordonnance vient tracer la voie que le juge des référés doit suivre afin de déterminer le caractère quantifiable ou non du préjudice.

NATURE ET MODE DE SURVENANCE DU PRÉJUDICE. En effet, il ressort de cette ordonnance que le juge des référés doit, en premier lieu, examiner en détail deux aspects du préjudice. Tout d'abord, il doit définir la nature du préjudice. Or, si l'ordonnance utilise le terme de « nature » du préjudice, il semble cependant qu'elle ne vise pas ici le caractère pécuniaire ou non du préjudice, mais plutôt la réalité factuelle de ce préjudice, à savoir en quoi il consiste *in concreto*. En l'espèce, il est question de la révélation d'informations commerciales confidentielles. Ensuite, il doit se pencher sur le mode de survenance du préjudice. En l'espèce, cela fait référence, d'une part, au fait que les informations seront publiées et, d'autre part, que cette publication sera générale, ou en d'autres termes faite au public sans distinction aucune de catégorie de personnes.

IDENTIFICATION ET CHIFFRAGE ADÉQUAT. En second lieu, au regard des deux éléments précédents, le juge des référés doit tirer deux types de conclusions. Tout d'abord, il doit apprécier la faisabilité de délimiter le périmètre du préjudice. Or, au regard du mode de survenance, les frontières de ce préjudice semblent floues dans la mesure où il serait « impossible d'identifier le nombre et la qualité de toutes les personnes ayant effectivement eu connaissance des informations publiées »¹³⁷. Ensuite, au regard de la nature du préjudice et de son étendue, il serait impossible « d'apprécier [...] l'impact concret que la publication de [ces informations] aurait pu avoir sur les intérêts commerciaux et économiques de [la partie requérante] »¹³⁸.

Il convient, donc, de remarquer, d'une part, que l'ordonnance semble écarter implicitement la dérive du « tout réparable » en réaffirmant la possible identification de situations dans lesquelles le préjudice peut être non quantifiable, malgré la possibilité pour le juge de l'indemnité d'attribuer une valeur patrimoniale à ce préjudice et, d'autre part, qu'il semble que le caractère « non quantifiable » du préjudice résulte, en réalité, du caractère « non adéquat » de l'identification et du chiffrage du préjudice.

À cet égard, il y a lieu de faire deux observations. La première porte sur la possible difficulté de délimiter les contours de la notion d'adéquation et les

¹³⁶ *Ibid.*, point 54.

¹³⁷ *Ibid.*, point 55.

¹³⁸ *Ibid.*

possibles divergences d'interprétation qui pourraient en résulter. La seconde concerne le fait qu'il semble que l'ordonnance lie le caractère « non adéquat » au fait qu'en pratique un recours en indemnité ne pourrait réparer ledit préjudice. Or, comme il a été vu précédemment, un recours en indemnité peut toujours réparer un préjudice. Il n'existerait donc pas de situation où le chiffrage du préjudice ne serait pas adéquat. Cependant, dans la mesure où l'ordonnance conclut au caractère irréparable du préjudice dans le cas d'espèce, il est raisonnable de penser que, lorsqu'un préjudice financier apparaît diffus et, par conséquent, sa quantification nécessiterait une part importante d'arbitraire dans la détermination par le juge de la valeur patrimoniale à accorder à la partie requérante pour compenser les dommages et intérêts réclamés, le juge des référés doit conclure au caractère irréparable dudit préjudice.

Conclusion sur le caractère irréparable du préjudice financier. Il semble indéniable que l'interprétation du caractère irréparable du préjudice par la jurisprudence tendait à restreindre continuellement les possibilités de démontrer la satisfaction de la condition relative à l'urgence. Face à ce phénomène, tant le juge des référés du Tribunal que celui de la Cour ont tenté d'apporter une réponse. Or, si celle du président du Tribunal n'a pas été suivie par le vice-président de la Cour, reste à savoir si celle proposée par ce dernier permettra d'endiguer la dérive vers le « tout réparable ».

À cet égard, trois observations finales relatives à l'approche suivie dans l'ordonnance du 10 septembre 2013 semblent mériter une attention particulière.

Quid du droit à un recours effectif ? Premièrement, comme il a été signalé précédemment, le préjudice subi du fait de la violation du droit au recours effectif, consacré à l'article 47 de la charte, ne semble pas avoir été examiné spécifiquement dans le cadre de l'ordonnance du 10 septembre 2013. Or, ce préjudice ne semblant pas appartenir à la catégorie des préjudices financiers, il aurait été d'un grand intérêt de clarifier la méthode selon laquelle le juge des référés doit aborder cette question.

Si toutefois il avait été considéré que, dans la mesure où les informations concernées relevaient de l'activité commerciale de la partie requérante, le préjudice devait être qualifié de pécuniaire, l'application des critères de cette ordonnance pour évaluer si ce préjudice serait réparable ne semble pas aisée.

Quid du contentieux des marchés publics ? Deuxièmement, il est intéressant de se poser la question de l'impact de l'approche exposée dans l'ordonnance du 10 septembre 2013 relative à la détermination du caractère quantifiable du préjudice sur le contentieux des marchés publics. En effet, jusqu'alors l'argument selon lequel il ne serait pas possible de quantifier la perte d'une chance a été écarté au motif que le recours en indemnité constituait

un remède effectif, le juge pouvant attribuer une valeur économique au préjudice subi en raison d'un manque à gagner. Par conséquent, le justiciable était dirigé vers une autre voie de droit, celle du recours en annulation avec demande de traitement selon la procédure accélérée au titre de l'article 76bis du règlement de procédure du Tribunal.

Cependant, le fait pour une entreprise de ne pas se voir attribuer un marché public à la suite d'une procédure irrégulière et sanctionnée, postérieurement à l'attribution dudit marché, par le juge du fond peut-il encore, au regard de l'ordonnance du 10 septembre 2013, être considéré comme constitutif d'un préjudice financier réparable ? Est-il possible d'identifier précisément l'étendue de ce préjudice et d'en chiffrer de manière adéquate la compensation ? En effet, il est indéniable que la seule valeur du marché ne constitue pas l'entière du préjudice subi. L'expérience qu'une entreprise en retire ou encore l'influence sur l'attribution de marchés futurs sont-ils des préjudices quantifiables ?

Quid du contentieux de la communication de documents ?

Troisièmement, il est indiqué dans l'ordonnance du 10 septembre 2013 que le préjudice susceptible de résulter de l'accès à des informations, « accordé à un nombre limité de personnes bien identifiables, n'est pas comparable, notamment en ce qui concerne la possibilité de l'apprécier et, en définitive, de le chiffrer, à celui découlant de la publication sur Internet d'une décision définitive pouvant être consultée par toute personne »¹³⁹.

Tout d'abord, cette observation est faite par rapport à la communication des griefs dans les procédures administratives en matière de répression des infractions aux règles de concurrence. Dès lors, cet accès est, en principe, soumis à l'interdiction de l'exploitation desdites informations à des fins autres que celle de participer utilement à ces procédures. Dans l'ordonnance *Alstom*¹⁴⁰, la transmission des documents demandés devait se faire dans le cadre d'un cercle de confidentialité, régi par le droit national de la juridiction demanderesse, identifiant les personnes y appartenant et les soumettant à une interdiction d'utilisation à d'autres fins que celle de la procédure en dommages et intérêts. Cette situation semble réunir les exigences posées dans l'ordonnance du 10 septembre 2013, et de ce fait conduire au rejet du caractère irréparable du préjudice allégué.

Cependant, il ressort de l'ordonnance *Alstom* que l'une des raisons ayant conduit le juge des référés à suspendre cette transmission résidait dans le fait que la juridiction nationale pourrait rendre son jugement avant que le juge de

¹³⁹ C.J. (ord.), 10 septembre 2013, C-278/13 P(R), *Commission/Pilkington Group*, *op. cit.*, note 47, point 57.

¹⁴⁰ Trib. (ord.), 29 novembre 2012, *Alstom/Commission*, *op. cit.*, note 42.

L'Union ait statué sur la légalité de cette transmission. Ainsi, la partie requérante aurait pu se voir condamnée au national sur la base d'informations dont la transmission aurait été déclarée, postérieurement, illégale. Or, si dans le cadre du recours en indemnité, la réparation du préjudice aurait certes pu prendre en compte la somme à laquelle la partie requérante aurait été condamnée à payer dans le cadre de la procédure au national, quel aurait été l'effet de cette réparation sur le constat d'infraction résultant de l'arrêt adopté par la juridiction nationale ?

Ensuite, qu'en est-il de la situation où la transmission de l'information se fait bien à un nombre de personnes limitées et identifiées, mais non contraintes par une obligation de confidentialité ? Telle est, par exemple, la situation à laquelle les ordonnances de référé rendues le 28 novembre 2013 dans les affaires *EMA/Intermune e.a.* et *EMA/Abbvie* pourraient aboutir¹⁴¹. En effet, saisi d'une demande de sursis à l'exécution d'une décision prise par l'Agence européenne des médicaments accordant à des tiers l'accès à des rapports d'études cliniques par les entreprises ayant établi ces rapports pour le compte de l'agence, le juge des référés de première instance avait fait droit à la demande¹⁴². Cependant, les ordonnances du 28 novembre 2013 annulent les décisions de suspension et renvoient les affaires devant le président du Tribunal. Or, il est demandé au juge des référés de cette juridiction d'examiner si un accès à certaines des informations prétendument confidentielles ne peut pas être autorisé, sans toutefois que cette autorisation fasse courir aux sociétés ayant établi ces rapports, avec un degré de probabilité suffisant, le risque de subir un préjudice grave et irréparable¹⁴³, dans la mesure où « le principe de protection juridictionnelle effective, consacré à l'article 47 de la Charte, exige que la mesure provisoire sollicitée leur soit accordée, en ce qui concerne ces données seulement »¹⁴⁴.

Il résulterait de cette transmission à des personnes limitées et identifiées (les demandeurs des documents au titre du règlement 1049/2001¹⁴⁵, une possibilité de diffusion à grande échelle. En effet, rien n'empêche ces personnes de donner l'accès à ces rapports au grand public par le biais d'une publication

¹⁴¹ C.J. (ord.), 28 novembre 2013, *EMA/Abbvie*, C-389/13 P(R), non encore publiée au *Rec.*, et C.J. (ord.), 28 novembre 2013, *EMA/Intermune e.a.*, C-390/13 P(R), non encore publiée au *Rec.*

¹⁴² Trib. (ord.), 25 avril 2013, *AbbVie/EMA*, T-44/13 R, non publiée au *Rec.*, et Trib. (ord.), 25 avril 2013, *Intermune e.a./EMA*, T-73/13 R, non publiée au *Rec.*

¹⁴³ C.J. (ord.), 28 novembre 2013, *EMA/Abbvie*, *op. cit.*, note 141, point 55, et C.J. (ord.), 28 novembre 2013, *EMA/Intermune e.a.*, *op. cit.*, note 141, point 57.

¹⁴⁴ C.J. (ord.), 28 novembre 2013, *EMA/Abbvie*, *op. cit.*, note 141, point 54, et C.J. (ord.), 28 novembre 2013, *EMA/Intermune e.a.*, *op. cit.*, note 141, point 56.

¹⁴⁵ *J.O.* L145, p. 43.

anonyme sur Internet. Or, il serait, en pratique, impossible d'identifier avec certitude le responsable de cette diffusion.

Conclusion

Les récents développements jurisprudentiels conduisent à repenser la relation entre le juge de la protection provisoire et le juge du fond. Premièrement, il semble, en effet, difficilement satisfaisant de pouvoir envisager que l'appréciation d'une situation d'urgence ne dépende plus des particularités de l'espèce, mais de son appartenance à un type de contentieux particulier. Ainsi, pourtant, en est-il, à l'heure actuelle, des affaires en matière de mesures restrictives où la mise en balance des intérêts ne semble pas pouvoir pencher en faveur des demandeurs en référé. Si le contentieux en matière de divulgation de documents semble s'éloigner de ce risque, n'est-ce pas pour aller vers un autre, celui de préjuger ?

Ces développements amènent également à repenser la relation entre le juge de la protection provisoire et le juge de l'indemnité. Ainsi, le contentieux des marchés publics bénéficiera-t-il de la méthode suivie dans l'ordonnance du 10 septembre 2013 pour déterminer le caractère quantifiable du préjudice allégué ?

Il semble qu'il ressort des ordonnances des 7 mars, 10 septembre et 28 novembre 2013 une tendance à favoriser une interprétation de la jurisprudence allant dans le sens d'une plus grande flexibilité de l'exercice par le juge des référés de ses compétences. Si celle-ci est certes souhaitable, voire nécessaire, afin de pouvoir répondre aux situations d'urgence, il convient cependant de garder en mémoire que l'action de ce juge doit s'articuler avec celles des autres juges intervenant dans le traitement des litiges soumis aux juridictions de l'Union. Le rôle que doit jouer la complémentarité des voies de droit ne doit ni résulter en un dessaisissement du juge des référés de la mission qui lui revient, ni être négligé dans l'accomplissement de cette mission.

En tout état de cause, même si la protection provisoire est refusée à un demandeur en référé pour défaut d'urgence, sa cause doit pouvoir être entendue le plus rapidement possible par le juge de l'Union. Or, si les arrêts de la Cour du 26 novembre 2013, rendus par la grande chambre dans les affaires *Groupe Gascogne*, *Gascogne Sack Deutschland* et *Kendrion*¹⁴⁶, mettent l'accent sur la

¹⁴⁶ C.J., 26 novembre 2013, C-40/12 P, *Gascogne Sack Deutschland/Commission*, non encore publié au *Rec.*, C.J., 26 novembre 2013, *Kendrion/Commission*, C-50/12 P, non encore publié au *Rec.*, et C.J., 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne/Commission*, C-58/12 P, non encore publié au *Rec.*

violation du délai raisonnable par le Tribunal pour le traitement de certaines affaires, il ne doit pas être oublié que cette juridiction fait face à un défi sans précédent : celui de l'augmentation continue de la charge contentieuse du fait de l'introduction de nouveaux recours toujours plus nombreux. Or, l'accroissement de la durée des procédures n'est pas sans conséquence sur le sentiment d'urgence qui anime les demandeurs en référé à voir leur affaire réglée au plus vite. Cet aspect deviendra-t-il un élément à prendre en compte par le juge des référés au titre des circonstances qui exigent de prononcer le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ?

CHAPITRE 2. ACTUALITÉ DU RENVOI PRÉJUDICIEL, DE LA PROCÉDURE PRÉJUDICIELLE D'URGENCE ET DE LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE – QUO VADIS ?

Vincent KRONENBERGER¹

Introduction

Trait de génie dans sa conception et véritable source de fertilisation du droit communautaire², le mécanisme du renvoi préjudiciel, instauré par l'article 177 du traité CEE et désormais prévu à l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)³, n'a cessé depuis près de soixante ans d'être loué pour sa capacité à assurer la diffusion et la pénétration les plus larges et effectives possibles du droit de l'Union dans les États membres. En effet, ce mécanisme a permis à la Cour de justice d'asseoir les fondements de l'ordre juridique de l'Union⁴, grâce à une « coopération directe [avec] les juridictions nationales dans le cadre de laquelle ces dernières participent de façon étroite à la bonne application et à l'interprétation uniforme

¹ Docteur en droit ; référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne ; professeur assistant associé à l'Université de Luxembourg. Les opinions exprimées dans la présente contribution sont strictement personnelles. L'auteur peut être contacté à l'adresse vincent.kronenberger@curia.europa.eu.

² G. VANDERSANDEN, « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 619.

³ Pour mémoire, l'article 267 TFUE prévoit que la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités et sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais.

⁴ Voy., entre autres, G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, note 2, p. 619 ; A. BARAV, « Transmutations préjudicielles », in *Une Communauté de droit, Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BWV, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, p. 621.

du droit de l'Union ainsi qu'à la protection des droits conférés par cet ordre juridique aux particuliers »⁵.

Le caractère fondamental, et même d'ordre ontologique, du mécanisme de coopération juridictionnelle prévu par l'article 267 TFUE a d'ailleurs été solennellement affirmé par l'assemblée plénière de la Cour dans l'avis n° 1/09. Les « fonctions attribuées, respectivement, aux juridictions nationales et à la Cour [étant] essentielles à la préservation de la nature même du droit institué par les traités »⁶, la Cour a ainsi déclaré comme étant incompatible avec le droit de l'Union la création envisagée, par voie d'un accord international, d'une juridiction internationale dans le domaine des brevets qui aurait privé les juridictions nationales des États membres de leur faculté de la saisir de renvois préjudiciels dans ce domaine.

Participant de la préservation de la nature même du droit de l'Union en tant que mécanisme assurant la pleine efficacité des normes de ce droit, puisque, rappelons-le, les juridictions nationales sont mêmes appelées à laisser au besoin inappliquée, sous leur propre autorité, toute disposition nationale contraire au droit de l'Union sans devoir attendre son élimination préalable de l'ordre juridique interne⁷, le caractère constitutionnel du renvoi préjudiciel paraît désormais indubitable, tant il est susceptible à lui seul, en définitive, de poser des limites à l'exercice de la compétence externe de l'Union⁸.

Cette consécration nous semble aussi être la conséquence, certes bien plus prosaïque, d'un succès, jamais démenti, de cette manifestation du dialogue des juges au cours des années écoulées, si l'on en juge uniquement par l'accroissement sensible du nombre de renvois préjudiciels dans la dernière décennie, passant de 233 demandes introduites en 2003 à presque 450 en 2013⁹ et représentant désormais plus de 60 % des affaires portées devant la Cour¹⁰. Si la progression constante du nombre de renvois préjudiciels dans l'activité juridictionnelle de la Cour a constitué l'un des principaux motifs de la refonte

⁵ C.J., 8 mars 2011, avis n° 1/09, *Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire*, *Rec.*, p. I-1137, point 84.

⁶ *Ibid.*, point 85.

⁷ *Voy.*, notamment, C.J., 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.*, p. 629, point 24, et C.J., 19 novembre 2009, *Filipiak*, C-314/08, *Rec.*, p. I-11049, point 81.

⁸ *Voy.* à cet égard, 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 », *C.D.E.*, 2011, p. 277, spéc. pp. 297-299.

⁹ Cette augmentation de près de 100 % en l'espace de dix ans ne saurait être uniquement imputée aux élargissements de 2004 et 2007, ayant conduit à porter le nombre d'États membres de l'Union européenne de 15 à 25, puis 27 (désormais 28 depuis l'adhésion de la Croatie le 1^{er} juillet 2013). En effet, par exemple, pour les années 2011 et 2012, le nombre de demandes de décision préjudicielle provenant de ces 12 États membres ne comptait que pour 19 % et 20 % respectivement du nombre total des renvois introduits.

¹⁰ *Voy.*, notamment, communiqué de presse de la Cour de justice, n° 122/12, 3 octobre 2012.

récente de son règlement de procédure, lui permettant de se doter d'un instrument plus adapté à l'évolution de son contentieux¹¹, elle se trouve peut-être également aujourd'hui à l'origine d'une réadaptation plus profonde des rapports de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, semblant conduire la première à davantage de rigueur quant à l'examen de sa compétence à répondre à une décision préjudicielle ou quant à la recevabilité des questions qui lui sont déférées, ainsi qu'à insister, plus que par le passé, sur la responsabilité des juridictions nationales, en tant que juge de droit commun de l'Union, de garantir le respect de ce droit¹². Dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence (ci-après la « PPU »), cette responsabilisation se matérialise par l'invitation faite au juge national d'indiquer, dans la mesure du possible, la réponse qu'il propose aux questions préjudicielles¹³. De surcroît, bien qu'elles n'aient aucune valeur contraignante, le fait que la note informative sur l'introduction des procédures préjudicielles par les juridictions nationales¹⁴ soit dorénavant intitulée « *recommandations* à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles »¹⁵, à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau règlement de procédure, n'est, à notre sens, pas anodin. De même, dans de récentes conclusions, l'avocat général N. Wahl n'a pas hésité à

¹¹ *Ibid.* Le nouveau règlement de procédure de la Cour a été adopté le 25 septembre 2012 et est entré en vigueur le 1^{er} novembre suivant. Il a été publié au *J.O.* L 265, p. 1. Voy., en général sur ce règlement, M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *C.D.E.*, 2012, pp. 603-669 ; M.-T. D'ALESSIO et V. KRONENBERGER, « Quelques réflexions sur le nouveau règlement de procédure de la Cour de justice et son impact sur les fonctions de l'avocat général », in V. KRONENBERGER, M.T. D'ALESSIO 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. 313-339, ainsi que la contribution de J.A. GUTIÉRREZ-FONS dans le présent ouvrage.

¹² Voy., avis n° 1/09, *op. cit.*, points 66, 68 et 69 dans lesquels la Cour indique respectivement que « [a]insi qu'il ressort de l'article 19, paragraphe 1, TUE, il est veillé au respect de [l'] ordre juridique [de l'Union] et du système juridictionnel de l'Union par la Cour et les juridictions des États membres », sans que ces dernières soient, à tout le moins expressément, mentionnées par cette disposition, que le principe de coopération loyale, inscrit à l'article 4, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, implique qu'« il incombe aux juridictions nationales et à la Cour de garantir la pleine application du droit de l'Union dans l'ensemble des États membres ainsi que la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent dudit droit » et surtout que « le juge national remplit, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » (italiques ajoutés par nos soins). Voy., sur le caractère novateur de ces affirmations, D. SIMON, « Avis négatif sur le projet de création d'une juridiction des brevets », *Europe*, 2011, étude n° 5, p. 6. Voy. également, quoique plus nuancé, A. ROSAS, « The National Judge as EU Judge : Opinion 1/09 », in P. CARDONNEL, A. ROSAS et N. WAHL (eds.), *Constitutionalising the EU Judicial System, Essays in Honor of Pernilla Lindh*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, pp. 120-121.

¹³ Voy. article 104^{ter} de l'ancien règlement de procédure et l'article 107 du nouveau règlement, précités. Pour une interprétation identique de cette disposition dans le sens de la responsabilisation des juridictions nationales, L. CLÉMENT-WILZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *C.D.E.*, 2012, pp. 147-149.

¹⁴ *J.O.* C 160, p. 1.

¹⁵ *J.O.* C 338, p. 1 (italiques ajoutés par nos soins).

déduire de l'accroissement des demandes de décision préjudicielle introduites à la Cour la nécessité pour cette dernière de mener une réflexion approfondie devant la conduire, de l'avis de cet avocat général, à adopter une attitude plus stricte quant à l'examen de la « recevabilité » des renvois préjudiciels dans des affaires où tous les éléments du litige au principal sont cantonnés au territoire d'un seul État membre¹⁶. Certes, le lecteur averti de la jurisprudence de la Cour et des conclusions de ses avocats généraux pourra immédiatement se rendre compte que les interrogations relatives à la compétence de la Cour pour répondre aux questions qui lui sont déférées et/ou à la recevabilité des renvois préjudiciels ne sont pas inédites. Malgré l'expérience acquise au fil de plus de cinquante ans de jurisprudence, elles semblent curieusement ne jamais vraiment se tarir. En effet, par-delà la formule classique selon laquelle la procédure visée à l'article 267 TFUE repose sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, les premières étant les seules compétentes pour constater et apprécier les faits du litige au principal, pour interpréter et appliquer le droit national et pour juger tant de la nécessité que de la pertinence des questions qu'elles défèrent à la Cour, tandis que cette dernière est en principe tenue d'y répondre dès lors que ces questions portent sur l'interprétation du droit de l'Union¹⁷, se cache souvent une jurisprudence bien plus articulée, voire complexe, prenant, à l'occasion, des tournures surprenantes de nature à susciter le débat.

Dans le cadre d'un ouvrage dédié à l'actualité de l'ensemble du contentieux devant le juge de l'Union, il n'est toutefois pas question d'entamer une étude exhaustive des enjeux et des questions soulevés par le renvoi préjudiciel¹⁸. Le choix des thématiques examinées dans la présente contribution est donc nécessairement empreint d'une partie de subjectivité. Ce choix est cependant guidé par certains indices ressortant de la jurisprudence récente de la Cour ainsi que des conclusions de ses avocats généraux qui nous paraissent déjà fort

¹⁶ Voy. notamment, les points 22 à 24 de ses conclusions présentées le 5 septembre 2013 sous C.J., *Venturini e.a.*, C-159/12 à C-161/12.

¹⁷ Voy., en ce sens, C.J., 20 octobre 2011, *Interedil*, C-396/09, *Rec.*, p. I-9915, point 29 et, C.J., 29 novembre 2012, *Econord*, C-182/11 et C-183/11, non encore publié au *Rec.*, point 21.

¹⁸ À cet égard, outre les ouvrages généraux portant sur le contentieux du droit de l'Union, nous renvoyons le lecteur aux études suivantes : J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Paris, Litec, 2001 ; C. NAÔMÉ, *Le renvoi préjudiciel en droit européen, Guide pratique*, Bruxelles, Larcier, 2010 ; M. BROBERG et N. FENGER, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Rappelons que le renvoi préjudiciel est une procédure non contentieuse qui constitue un incident au cours d'un litige pendant devant une juridiction nationale. Ceci signifie aussi que son activation est étrangère à toute initiative des parties au litige au principal, même si celles-ci sont entendues par la Cour et sont parfois, comme nous le verrons dans la partie II ci-dessous, à l'origine de l'extinction de la procédure devant cette dernière (voy. sur ces principes, notamment, C.J., 9 décembre 1965, *Singer*, 44/65, *Rec.*, p. 1191, spéc. p. 1199 et 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Rec.*, p. I-4025, point 31).

intéressants et qui, sur la base du corpus jurisprudentiel déjà disponible, nous conduisent à penser que ces questions seront amenées à connaître des évolutions substantielles dans les prochaines années.

La présente contribution portera sur trois points principaux. Tout d'abord, nous reviendrons sur l'examen par la Cour de sa propre compétence à répondre à une demande de décision préjudicielle dans le contexte d'une situation purement interne, question dont l'actualité, comme nous venons de le signaler, a récemment été relancée par certains avocats généraux (I). Ensuite, sera examinée, toujours au titre de la compétence de la Cour, la problématique de l'existence d'un litige au principal et de la perte d'objet des décisions préjudicielles en cours d'instance devant la Cour, question qui a été au cœur de plusieurs arrêts ces derniers mois (II). Enfin, nous aborderons le thème du champ d'application et des conditions d'enclenchement respectifs de la PPU et de la procédure accélérée qui ont également soulevé plusieurs difficultés et fait l'objet de certaines précisions récentes lors de la refonte du règlement de procédure de la Cour (III).

I. – Sur la compétence de la Cour pour répondre à des demandes de décisions préjudicielles dans le contexte de situations purement internes à un État membre

En vertu du principe d'attribution rappelé à l'article 5 TUE, l'Union ne peut agir que dans les limites des compétences qui lui sont attribuées par les traités. Ce principe s'appliquant à ses institutions, la Cour, en tant que juge de l'interprétation du droit de l'Union et de la validité des actes adoptés par les institutions, organes et organismes de cette dernière, ne peut, en principe, répondre à une demande de décision préjudicielle d'une juridiction nationale que si celle-ci porte sur le droit de l'Union¹⁹. La Cour déclinera donc généralement sa compétence à répondre à une question préjudicielle dont les éléments exposés par la juridiction de renvoi ne présentent aucun lien de rattachement avec une norme du droit de l'Union.

La mise en œuvre de ce principe ne soulève pas de difficultés lorsque la Cour est saisie d'une question portant uniquement sur l'interprétation de dispositions du droit national²⁰.

¹⁹ Voy., notamment, C.J., 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, C-380/05, *Rec.*, p. I-349, point 64, C.J., 11 mars 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, *Rec.*, p. I-2055, point 22, C.J., 5 octobre 2010, *McB.*, C-400/10 PPU, *Rec.*, p. I-8965, point 51, et C.J., 22 décembre 2010, *Omalet*, C-245/09, *Rec.*, p. I-13771, point 10.

²⁰ Voy., p. ex., C.J., 20 octobre 2005, *Ten Kate Holding Musselkanaal e.a.*, C-511/03, *Rec.*, p. I-8979, point 25, et C.J., 17 janvier 2013, *Zakaria*, C-23/12, non encore publié au *Rec.*, point 29.

Cet exercice devient déjà plus délicat lorsque la Cour est saisie de renvois préjudiciels portant sur l'éventuelle violation par une réglementation nationale des principes généraux du droit de l'Union et/ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier depuis que cette dernière a force obligatoire, à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (A). Il soulève davantage de difficultés lorsque la Cour est saisie de questions préjudicielles afférant aux libertés de circulation garanties par le TFUE (B).

A. *Compétence à titre préjudiciel, situations purement internes et droits fondamentaux*

En effet, la Cour n'étant pas une juridiction des droits de l'homme ou des droits fondamentaux en tant que telle, la violation éventuelle de ces droits par une réglementation d'un État membre n'est pas suffisante en soi pour attirer cette question dans le champ d'application du droit de l'Union, et partant pour activer la compétence préjudicielle de la Cour²¹. Cette dernière doit donc vérifier si la réglementation nationale, dont la compatibilité avec les droits fondamentaux protégés au sein de l'Union est mise en doute par le juge de renvoi dans le contexte du litige (souvent, au moins d'apparence, purement interne) dont il est saisi, relève du « champ d'application du droit de l'Union »²² ou se situe « dans le cadre » de ce droit²³, ou bien encore, s'agissant notamment des droits et principes énoncés dans la Charte, constitue une « mise en œuvre » du droit de l'Union, pour reprendre la terminologie employée par l'article 51,

²¹ Voy., en ce sens, C.J., 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, C-256/11, *Rec.*, p. I-11315, point 71, et les points 39 à 41 de la prise de position de l'avocat général P. Mengozzi présentée le 29 septembre 2011 dans cette affaire. Voy. également, C.J., *Zaharia*, *op. cit.*, points 40 et 41, ainsi que C.J. (ord.), 28 novembre 2013, *Sociedade Agrícola et Imobiliária da Quinta de S. Paio*, C-258/13, non publiée au *Rec.*, point 20 et C.J. (ord.), 16 janvier 2014, *Dutka et Sajtos*, C-614/12 et C-20/13, non publiée au *Rec.*, point 15.

²² Voy., notamment, C.J., 29 mai 1997, *Kremzow*, C-299/95, *Rec.*, p. I-2629, points 15, 18 et 19, dans lequel la Cour s'est déclarée incompétente pour répondre aux questions préjudicielles au motif notamment que la réglementation d'un État membre sur la base de laquelle était exécutée une peine d'emprisonnement d'un ressortissant de ce même État n'était pas destinée à assurer le respect du droit communautaire et ne relevait pas du champ d'application du droit communautaire.

²³ Voy., en particulier, C.J., *Kremzow*, *op. cit.*, point 19, et C.J. (ord.), 6 octobre 2005, *Vajnai*, C-328/04, *Rec.*, p. I-8577, point 13, à propos d'une réglementation nationale sanctionnant pénalement le port de l'étoile rouge considérée comme un « emblème du totalitarisme » et dont la juridiction de renvoi s'interrogeait sur la compatibilité avec le principe de non-discrimination et les droits fondamentaux ; la Cour a décliné sa compétence au motif que cette réglementation n'entraînait pas dans le cadre du droit de l'Union. Voy. également, C.J. (ord.), 16 janvier 2008, *Polier*, C-361/07, non publiée au *Rec.*, point 11, et C.J. (ord.), 6 juin 2013, *Cholakova*, C-14/13, non publiée au *Rec.*, point 22, à propos d'une législation d'un État membre permettant la rétention par la police d'une personne aux fins de vérifier son identité, dans le contexte de la rétention d'un de ses propres ressortissants à la suite d'une infraction au code de la route.

paragraphe 1, de la Charte²⁴. Si l'interprétation de cette dernière expression a fait l'objet de controverses²⁵ tant son libellé apparaissait plus restrictif que la terminologie employée jusque-là par la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux reconnus comme principes généraux du droit de l'Union, la « mise en œuvre » du droit de l'Union a toutefois été jugée par la Cour, dans son récent arrêt *Åkerberg Fransson*²⁶, comme étant analogue, dans son sens et sa portée, à l'expression « champ d'application » du droit de l'Union²⁷. Dans cet arrêt, la Cour s'est ainsi déclarée compétente pour répondre aux questions préjudicielles posées par une juridiction suédoise à propos du respect et de la portée du principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 50 de la Charte dans le cas du cumul de poursuites pénales pour fraude fiscale et de sanctions fiscales infligées à l'encontre d'un ressortissant suédois

²⁴ L'article 51, paragraphe 1, de la Charte, qui précise le champ d'application de cette dernière, énonce notamment que les dispositions de la Charte « s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (italiques ajoutées par nos soins). Ce critère a aussi été inspiré par un courant jurisprudentiel antérieur à l'adoption de la Charte, en particulier C.J., 13 juillet 1989, *Wachauf*, 5/88, *Rec.*, p. 2609, p. 19, selon lequel les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire lie les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires. Voy. également, C.J., 18 décembre 1997, *Annibaldi*, C-309/96, *Rec.*, p. I-7493, points 21 à 24, dans laquelle était en cause une loi régionale italienne, instaurant un parc naturel et archéologique afin de protéger et de mettre en valeur l'environnement et les biens culturels du territoire concerné, que le requérant au principal estimait organiser une expropriation sans indemnisation et à l'égard de laquelle la Cour a jugé qu'elle n'était pas compétente pour répondre aux questions déferées au motif notamment que la loi n'avait pas pour objet de « mettre en œuvre » une disposition de droit communautaire.

²⁵ Voy., notamment, F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p. 539, et A. BAILLEUX, S. VAN DROOGHENBROECK et X. DELGRANGE, « La Charte des droits fondamentaux. Invocabilité, interprétation, application et relations avec la Convention européenne des droits de l'homme », in N. DE SADELEER, H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les innovations du traité de Lisbonne – Incidences pour le praticien*, Bruxelles Bruylant, 2011, p. 262 et les références doctrinales citées. Les avocats généraux de la Cour ont aussi adopté des positions divergentes quant à l'interprétation de cette expression : voy., à cet égard, en faveur d'une interprétation large de cette expression, les points 118 et 119 des conclusions de l'avocat général Y. Bot, présentées le 5 avril 2011, sous C.J., 6 septembre 2011, *Scattolon*, C-108/10, *Rec.*, p. I-7491, ainsi que, quelque peu plus nuancés, les points 14 et 15 des conclusions de l'avocat général J. Kokott, présentées le 15 décembre 2011, sous C.J., 5 juin 2012, *Bonda*, C-489/10, non encore publié au *Rec.*, et, pour une interprétation plus restrictive, le point 40 des conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 12 juin 2012 sous C.J., 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, non encore publié au *Rec.*

²⁶ C.J., *Åkerberg Fransson*, *op. cit.*

²⁷ *Ibid.*, point 19, la Cour assimile aussi « mise en œuvre » à l'expression « dans le cadre du droit de l'Union ». Parmi les nombreux commentaires de cet arrêt, voy., notamment, V. KRONENBERGER, « Quand “mise en œuvre” rime avec “champ d'application” : la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le contexte de l'application du *ne bis in idem* », *R.A.E.*, 2013, p. 147 ; K. LENAERTS, « The EU Charter of Fundamental Rights : scope of application and methods of interpretation », in *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, p. 107, spéc. pp. 115-118 ; V. SKOURIS, « Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : les arrêts *Melloni* et *Åkerberg Fransson* », *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 229.

pour manquement à ses obligations déclaratives en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA), au motif que ces mesures constituent une mise en œuvre des articles 2 et 22 de la sixième directive TVA²⁸ et de l'article 325 TFUE²⁹ et donc du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte. Elle a ajouté que cette conclusion n'était pas remise en cause par le fait que les réglementations nationales qui servent de fondement auxdites mesures n'avaient pas été adoptées pour transposer la sixième directive TVA, « dès lors que leur application tend à sanctionner une violation des dispositions de ladite directive et vise donc à mettre en œuvre l'obligation imposée par le traité aux États membres de sanctionner de manière effective les comportements attentatoires aux intérêts financiers de l'Union »³⁰. Il résulte aussi implicitement de cet arrêt que les sanctions fiscales et les mesures répressives parallèles à l'encontre de M. Åkerberg Fransson relatives au manquement à ses obligations d'acquitter des cotisations patronales dont faisait aussi état la juridiction de renvoi ne sont pas rattachables à des normes du droit de l'Union ou à la préservation de leur effet utile et ne relèvent dès lors ni de la mise en œuvre de ce droit ni, partant, de la compétence à titre préjudiciel de la Cour³¹. La solution dégagée par la Cour dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* est d'autant plus intéressante qu'elle vient explicitement contredire celle retenue par la Cour suprême suédoise deux ans auparavant dans une affaire similaire de fraude fiscale et de manquement aux obligations de déclaration au titre de la TVA, dans laquelle cette juridiction avait refusé, malgré la demande d'une des parties au litige au principal et malgré, surtout, l'obligation qui pèse sur elle en vertu de l'article 267 TFUE en tant que juridiction de dernier ressort, de déférer une question préjudicielle à la Cour, au motif que le droit de l'Union n'était pas applicable dans une telle situation³².

Cela étant, l'arrêt *Åkerberg Fransson* confirme que, si les droits fondamentaux et les dispositions de la Charte ne sauraient en tant que tels fonder la

²⁸ Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme (*J.O.* L 145, p. 1). Cette directive a été remplacée par la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (*J.O.* L 347, p. 1), laquelle n'était toutefois pas applicable au moment où les sanctions fiscales ont été infligées à M. Åkerberg Fransson. À noter que les dispositions de la sixième directive mentionnées par la Cour ne prévoient pas – du moins littéralement – d'obligation à charge des États membres d'adopter des sanctions appropriées afin, notamment, de garantir la perception de la TVA.

²⁹ Cet article impose, conformément aux principes d'effectivité et d'équivalence, que l'Union et les États membres adoptent des mesures dissuasives et offrant une protection effective pour combattre la fraude et les activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ces mesures devant être équivalentes à celles adoptées par les États membres pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers.

³⁰ C.J., *Åkerberg Fransson*, *op. cit.*, point 28.

³¹ Voy. à cet égard, V. KRONENBERGER, *op. cit.*, note 27, p. 152.

³² Voy. *Högsta domstolen*, ordonnance du 29 juin 2011, n° B 5302-10, <www.domstol.se>.

compétence de la Cour pour répondre à des questions préjudicielles dans des situations purement internes, une fois ces situations rattachées à une norme du droit de l'Union, qu'elle soit de droit primaire ou de droit dérivé, il ne saurait exister de cas de figure qui relève ainsi de ce droit, sans que les droits garantis par la Charte trouvent à s'appliquer³³.

Une telle conséquence, qui est susceptible de conduire à un empiètement des dispositions de la Charte sur celles des normes de protection des droits fondamentaux dans les États membres, justifie, sans doute davantage que le seul accroissement des renvois préjudiciels introduits devant la Cour, une approche plus stricte de cette dernière quant au traitement des questions préjudicielles soulevant la compatibilité d'une réglementation nationale avec les libertés fondamentales de circulation prévues par le TFUE (libre circulation des marchandises, des personnes, des capitaux et des services, liberté d'établissement), mais dont les éléments sont cantonnés au territoire d'un seul État membre. En effet, à répondre à des questions étrangères au droit de l'Union, la Cour prend le risque d'étendre la portée de celui-ci au-delà des limites fixées dans les traités³⁴.

B. Compétence à titre préjudiciel, situations purement internes et libertés de circulation : tensions entre droit procédural et droit matériel

S'il est conforme avec les objectifs du TFUE de subordonner l'applicabilité des libertés fondamentales de circulation garanties par ce traité à l'exigence de la présence d'un élément transfrontalier, la Cour fait cependant fréquemment prévaloir sur cette constatation évidente et essentielle, le souci légitime et très ancré dans sa jurisprudence, d'une part, de laisser aux juridictions nationales le soin d'apprécier la nécessité et la pertinence des questions préjudicielles qu'elles posent à la Cour et, d'autre part, de s'efforcer d'apporter à ces juridictions une réponse utile à leurs questions, deux aspects qui découlent directement de l'esprit de coopération qui anime la procédure de l'article 267 TFUE³⁵. Si l'origine des tensions et des critiques suscitées par

³³ C.J., *Åkerberg Fransson*, *op. cit.*, point 21. Voy. également en ce sens, C.J., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, non encore publié au *Rec.*, point 42.

³⁴ Voy. conclusions de l'avocat général N. Wahl, *op. cit.*, point 21, en référence aux points 10 et 11 des conclusions de l'avocat général M. Darmon présentées sous C.J., 18 octobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 et C-197/89, *Rec.*, p. I-3763.

³⁵ Voy., à titre d'exemple, C.J., 1^{er} juillet 2010, *Sbarigia*, C-393/08, *Rec.*, p. I-6337, points 19 et 20 : « À cet égard, il convient de rappeler qu'il appartient aux seules juridictions nationales, qui sont saisies du litige et qui doivent assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre

la jurisprudence de la Cour sur l'articulation des situations purement internes et des libertés fondamentales de circulation est donc connue³⁶, les éléments essentiels de cette jurisprudence méritent d'être rappelés, tant ils sont sujets aujourd'hui à des applications peu uniformes. Trois courants jurisprudentiels peuvent être distingués : le premier consiste à extrapoler les potentialités des libertés de circulation, le deuxième reconnaît l'interdiction des discriminations à rebours, enfin, par le troisième la Cour admet sa compétence à répondre aux renvois préjudiciels lorsque le droit interne rend applicable le droit l'Union à une situation donnée.

1. *Compétence à titre préjudiciel et extrapolation des potentialités d'application des libertés de circulation*

Dans un premier courant jurisprudentiel qui remonte au début des années 1980³⁷, la Cour s'est reconnue compétente pour répondre à des questions préjudicielles dont tous les éléments étaient pourtant circonscrits à un seul État membre par extrapolation des potentialités d'application des libertés de circulation prévues par le droit de l'Union. Développé tout d'abord en matière de libre circulation des marchandises, ce courant a progressivement été étendu à trois autres libertés (établissement, services, capitaux). Ainsi, dans de récentes affaires, telles que celles relatives à l'installation routière de distribution de carburant en Italie³⁸ et à l'exploitation des officines pharmaceutiques en

leur jugement que la *pertinence* des questions qu'elles posent à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer [...]. Il s'ensuit que les questions portant sur le droit de l'Union *bénéficient d'une présomption de pertinence*. Le rejet par la Cour d'une demande formée par une juridiction nationale n'est ainsi possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de *nature hypothétique* ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour *répondre de façon utile* aux questions qui lui sont posées [...] (italiques ajoutés par nos soins).

³⁶ Voy. les points 29 à 32 des conclusions de l'avocat général Wahl, *op. cit.* Voy., s'agissant des critiques à cette jurisprudence, les références à la doctrine et aux conclusions d'avocats généraux contenues au point 19 des conclusions précitées de l'avocat général Wahl, ainsi que le point de vue de A. BARAV, « Une anomalie préjudicielle », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, t. 2, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 773.

³⁷ Dans ses conclusions précitées, l'avocat général Wahl estime que ce courant jurisprudentiel a émergé à partir de l'arrêt C.J., 15 décembre 1982, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, 286/81, *Rec.*, p. 4575. Au point 9 de cet arrêt, la Cour indique en effet « qu'il y a lieu de constater que l'application de la législation néerlandaise à la vente aux Pays-Bas d'encyclopédies produites aux Pays-Bas n'a effectivement aucun lien avec l'importation ou l'exportation des marchandises et ne relève donc pas du domaine des articles 30 et 34 (du traité CEE). Toutefois, dans le cas de vente aux Pays-Bas d'encyclopédies produites en Belgique et de la vente dans d'autres États membres d'encyclopédies produites aux Pays-Bas, il s'agit de transactions du commerce intra-communautaire ». La Cour a donc répondu à la question posée par la juridiction de renvoi sous l'angle de la liberté de circulation des marchandises.

³⁸ C.J., 11 mars 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, *Rec.*, p. I-2055, point 24.

Espagne³⁹ et en Italie⁴⁰ (liberté d'établissement), à la prestation de services de jeux de hasard en Lettonie⁴¹ et à l'interdiction par la réglementation belge des offres conjointes comportant au moins un service financier⁴², ainsi qu'aux conditions posées au transfert (location, vente, usufruit) de biens immobiliers dans des communes belges⁴³ (libre circulation des capitaux), toutes dépourvues de caractère transfrontalier, la Cour a accepté de répondre aux questions préjudicielles posées au motif qu'il ne saurait « nullement être exclu » que, en dehors de la situation concrète du litige au principal, des ressortissants d'autres États membres, dans ses situations similaires, pouvaient aussi être confrontés aux dispositions litigieuses de l'État membre en cause, à l'occasion de l'exercice de ces libertés. Ainsi que l'a mis en exergue l'avocat général J. Kokott⁴⁴, l'approche consistant à admettre la compétence de la Cour pour répondre à des éventualités qui ne sauraient « nullement être exclues » paraît à première vue en contradiction avec la jurisprudence bien établie selon laquelle la Cour ne saurait répondre à des questions préjudicielles de nature hypothétique⁴⁵. S'il existe assurément une différence de degré entre ce qui est (purement) hypothétique et ce qui ne saurait « nullement être exclu », la Cour n'a toutefois pas encore clarifié de manière systématique les éléments lui permettant de distinguer les deux cas de figure⁴⁶. Certes, il paraît légitime que la Cour ne limite pas sa compétence préjudicielle aux seules affaires comportant un élément transfrontalier effectif et direct⁴⁷. Cependant, on ne manquera pas de relever

³⁹ C.J., 1 juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, C-570/07 et C-571/07, *Rec.*, p. I-4629, point 40.

⁴⁰ C.J., *Venturini e.a.*, *op. cit.*, point 25.

⁴¹ C.J., 19 juillet 2012, *SIA Garkalns*, C-470/11, non encore publié au *Rec.*, point 21.

⁴² C.J., 18 juillet 2013, *Citroën Benelux*, C-265/12, non encore publié au *Rec.*, point 33.

⁴³ C.J., 8 mai 2013, *Libert e.a.*, C-197/11 et C-203/11, non encore publié au *Rec.*, point 34.

⁴⁴ Voy., point 31 de ses conclusions présentées le 26 septembre 2013, dans les affaires jointes *Airport Shuttle Express e.a. et Crono Services*, C-162/12, C-163/12, C-419/12 et C-420/12, actuellement pendantes.

⁴⁵ Voy., p. ex., C.J. *Sbarigia*, *op. cit.*

⁴⁶ Ainsi que le relève l'avocat général Kokott dans ses conclusions précitées (point 32), dans son arrêt C.J., 10 mai 2012, *Duomo Gpa e.a.*, C-357/10 à C-359/10, non encore publié au *Rec.*, point 27, la Cour s'est appuyée, pour établir une telle distinction, sur les observations des parties intéressées, notamment celles de la Commission. Cette appréciation a toutefois été faite de manière particulièrement laconique.

⁴⁷ Voy., en ce sens, point 35 des conclusions de l'avocat général Wahl, *op. cit.* Relevons que, sauf erreur de notre part, ce courant jurisprudentiel du « nullement être exclu » n'a jusqu'à présent pas été étendu à la libre circulation des personnes physiques, ayant le statut de citoyens de l'Union, peut-être en raison du fait la plupart des affaires portées devant la Cour concernent des mesures individuelles visant ces personnes ou les membres de leur famille et non pas des actes de portée normative. Toujours est-il que, dans le cadre de cette liberté, la Cour refuse en principe de répondre à des questions dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre, principe rappelé itérativement (voy., notamment, C.J., 5 juin 1997, *Ueker et Jacquet*, C-64/96 et C-65/96, *Rec.*, p. I-3171, points 16 à 19 et 23 ; C.J., 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et gouvernement wallon*, C-212/06, *Rec.*, p. I-1683, points 38 et 39 ; C.J., 5 mai 2011, *McCarthy*, C-434/09, *Rec.*, p. I-3375, points 45 et 55) et recherche en général un facteur de rattachement au droit de l'Union avant de répondre aux questions qui lui sont déférées, de sorte à dépasser l'apparence de la situation purement interne (voy., par exemple, C.J., 12 juillet 2005, *Schempp*, C-403/03, *Rec.*, p. I-6421 et C.J., *McCarthy*, *op. cit.*, point 46).

qu'elle ne paraît aucunement poser comme condition à sa réponse que la juridiction de renvoi explicite les raisons qui la conduisent à croire que la mesure nationale puisse faire obstacle à l'exercice par des ressortissants d'autres États membres de leurs libertés fondamentales de circulation. Ainsi, dans son arrêt *Venturini e.a.* la Cour paraît se borner à vérifier si, en raison de son objet, la mesure nationale en cause est susceptible, *in abstracto*, de produire des effets qui ne sont pas cantonnés à l'État membre à l'origine de cette mesure. La Cour ne semble écarter sa compétence pour répondre au renvoi préjudiciel que lorsqu'elle ne perçoit pas *a priori* le lien qui existe entre l'objet de la réglementation nationale et l'affectation des opérateurs économiques provenant d'autres États membres, sans, de surcroît, que la décision de renvoi n'ait fourni d'explications quant à l'existence d'un tel lien⁴⁸. S'il convient de ne pas négliger cet effort de clarification portant sur l'objet de la mesure nationale, qui semble d'ailleurs inspiré et faire partiellement écho aux conclusions de l'avocat général Wahl présentées dans cette même affaire⁴⁹, cette orientation méritera d'être consolidée à l'avenir, éventuellement par la grande chambre de la Cour. À défaut, comme cela a déjà été fréquemment décrié par le passé, le risque n'existe-t-il pas que toute situation purement interne puisse relever de la compétence préjudicielle de la Cour ?

2. *Compétence à titre préjudiciel et interdiction des discriminations à rebours*

Un deuxième courant jurisprudentiel, dont on peut tracer l'origine à partir du prononcé de l'arrêt *Guimont*⁵⁰ et dont certains arrêts participent aussi du

L'exemple le plus récent et le plus caractéristique de cette jurisprudence concerne les situations exceptionnelles de citoyens de l'Union, n'ayant jamais fait usage de leur droit de libre circulation, dans lesquelles ces derniers, dépendants de ressortissants d'États tiers sous le coup de mesures d'éloignement ou de non renouvellement de permis de séjour, se verraient eux-mêmes contraints, en fait, de quitter le territoire de l'Union, pris dans son ensemble, en étant, partant, privés de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyens de l'Union, tels que reconnus par les articles 20 et 21 TFUE (voy., notamment, C.J., 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, *Rec.*, p. I-1177, points 42 à 45 ; 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, *op. cit.*, points 64 à 68 et 8 mai 2013, *Ymeraga e.a.*, C-87/12, non encore publié au *Rec.*, point 36). L'éloignement du territoire de l'Union des ressortissants des États tiers concernés devant entraîner, en fait et par ricochet, celui des citoyens de l'Union dépendants (en particulier dans le cas des enfants en bas âge), ces derniers sont donc privés des *potentialités* de circulation que leur garantit pourtant le droit de l'Union en privant d'effet utile la citoyenneté de l'Union. Dans ces conditions, une telle situation ne relève plus, selon la Cour, de la catégorie des situations purement internes (voy., a contrario, C.J., *McCarthy*, *op. cit.*, point 55).

⁴⁸ Voy. C.J., *Venturini e.a.*, *op. cit.*, points 26 et 27. À noter que ces points portent, de manière quelque peu ambiguë, sur la recevabilité des questions préjudicielles et non, ce qui serait plus correct, sur la compétence de la Cour pour y répondre.

⁴⁹ Voy. les points 37 et 38 de ses conclusions, *op. cit.*

⁵⁰ C.J., 5 décembre 2000, *Guimont*, C-448/98, *Rec.*, p. I-10663, point 23 : « [e]n l'espèce, il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire ne serait pas nécessaire pour le juge

courant précédent⁵¹, admet le rattachement au droit de l'Union d'une situation purement interne et, partant, la compétence préjudicielle de la Cour dans l'hypothèse où le droit interne d'un État membre interdirait les discriminations à rebours, c'est-à-dire imposerait de faire bénéficier ses ressortissants des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit de l'Union dans la même situation. Cette jurisprudence n'est cependant pas univoque. En effet, tandis que, dans une série d'arrêts, la Cour a reconnu sa compétence préjudicielle sans vérifier concrètement si le droit interne emportait bien interdiction des discriminations à rebours⁵², elle a, en revanche, procédé à cet examen dans plusieurs autres décisions⁵³, ce qui l'a conduite, au moins à deux occasions⁵⁴, à défaut de précisions fournies par la juridiction de renvoi quant à l'existence d'une telle obligation, à refuser de répondre à la question qui lui avait été déférée. Cette hétérogénéité quant à la vérification ou non de l'existence en droit interne d'une obligation concrète faite à la juridiction nationale d'écarter les discriminations à rebours, est couplée d'une incertitude, quelque peu paradoxale au vu de la responsabilité de principe des juridictions de renvoi de définir le cadre juridique national à l'origine du litige au principal, quant à la pertinence des informations qui sont soumises par les parties intéressées. C'est ainsi que, dans son arrêt *Susisalo*, du 21 juin 2012, la Cour a jugé que, en dépit de l'absence de toute explication de la part de la juridiction de renvoi quant à la pertinence de l'interprétation sollicitée de la liberté d'établissement dans le contexte d'un litige purement interne, étaient suffisantes, pour admettre sa compétence à titre préjudiciel, les déclarations faites à l'audience devant la Cour par le représentant des requérants au principal selon lesquelles il existait en droit administratif de l'État membre concerné des règles assurant que ses propres ressortissants ne subissaient pas de discrimination à rebours⁵⁵. La question se pose cependant du traitement par la Cour des informations

national. En effet, une telle réponse pourrait lui être utile dans *l'hypothèse où son droit national imposerait, dans une procédure telle que celle de l'espèce, de faire bénéficier un producteur national des mêmes droits que ceux qu'un producteur d'un autre État membre tirerait du droit communautaire dans la même situation* ». Voy. également C.J., 31 janvier 2008, *Centro Europa 7*, *op. cit.*, point 69, et C.J., 21 juin 2012, *Susisalo e.a.*, C-84/11, non encore publié au *Rec.*, point 20.

⁵¹ Voy., p. ex., C.J., *Duomo Gpa e.a.*, *op. cit.*, point 28, et C.J., *Blanco Pérez et Chao Gómez*, *op. cit.*, point 39.

⁵² Voy., notamment, C.J., *Guimont*, *op. cit.*, point 23, C.J., 5 mars 2002, *Reisch e.a.*, C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Rec.*, p. I-2157, point 26, C.J., 11 septembre 2003, *Anomar e.a.*, C-6/01, *Rec.*, p. I-8621, point 41, C.J., 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, *Rec.*, p. I-2941, point 29, C.J., 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.*, C-94/04 et C-202/04, *Rec.*, p. I-11421, point 30, et C.J., *Blanco Pérez et Chao Gómez*, *op. cit.*, point 39.

⁵³ Voy. C.J., 15 mai 2003, *Salzmann*, C-300/01, *Rec.*, p. I-4899, point 34, C.J., *Sbarigia*, *op. cit.*, point 24, C.J., *Omalet*, *op. cit.*, point 16, C.J., 21 février 2013, *Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia e.a.*, C-111/12, non encore publié au *Rec.*, point 34.

⁵⁴ C.J., *Sbarigia*, *op. cit.*, point 24, et C.J., *Omalet*, *op. cit.*, point 17.

⁵⁵ C.J., *Susisalo*, *op. cit.*, points 21 et 22.

apportées devant elles par les parties au litige au principal lorsque ces informations ne concordent pas ou lorsqu'elles sont ambiguës ou contradictoires⁵⁶. La Cour se contenterait-elle alors d'une simple hypothèse de l'interdiction des discriminations à rebours à l'instar de la solution qu'elle a adoptée dans certains de ses arrêts ? On le constate, les différentes manifestations de la jurisprudence *Guimont* soulèvent de nombreuses difficultés. Sans remettre fondamentalement en cause le principe même sur lequel elle repose, les avocats généraux N. Wahl et J. Kokott ont dernièrement adressé un certain nombre de critiques à cette jurisprudence essentiellement à l'égard des approximations qu'elle contient. Ces deux avocats généraux sont ainsi d'avis qu'il conviendrait dorénavant de limiter la portée de cette jurisprudence aux situations dans lesquelles la juridiction de renvoi fait elle-même état de l'existence d'une obligation réelle que lui impose le droit interne d'assurer l'interdiction des discriminations à rebours⁵⁷. Si cet appel n'a pas encore été suivi d'effet, il reste à espérer qu'il le sera prochainement, éventuellement à l'occasion d'un arrêt prononcé par la grande chambre de la Cour.

3. *Compétence à titre préjudiciel et renvoi par le droit interne aux normes du droit de l'Union*

Le troisième courant de jurisprudence, qui n'est pas éloigné du précédent, mais qui dépasse largement l'application des libertés fondamentales de circulation garanties par le TFUE, est formé par les arrêts admettant la compétence préjudicielle de la Cour dans les hypothèses où c'est la réglementation nationale elle-même, par une opération unilatérale et autonome, y inclus, le cas échéant, par voie d'interprétation prétorienne, qui rend applicable le droit de l'Union à un contexte purement national⁵⁸. Cette jurisprudence, dite *Dzodzi*, de l'arrêt éponyme prononcé en 1990⁵⁹, se justifie, selon la Cour, pour éviter des divergences d'interprétation futures de toute disposition du droit de l'Union, indépendamment des conditions dans lesquelles elle est appelée à

⁵⁶ Question posée dans les affaires pendantes *Airport Shuttle Express et Crono Services*, *op. cit.*

⁵⁷ Voy. respectivement les points 44 et 45 des conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire *Venturini e.a.*, *op. cit.*, et les points 53 et 54 des conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire *Airport Shuttle Express et Crono Services*, *op. cit.*

⁵⁸ Cette jurisprudence a ainsi été appliquée aux dispositions nationales du droit de la concurrence reprenant les interdictions des articles 101 TFUE et 102 TFUE (voy., p. ex., C.J., 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, *Rec.*, p. I-11987, point 19, et C.J., 14 mars 2013, *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, C-32/11, non encore publié au *Rec.*, point 20) ou s'inspirant des dispositions du droit dérivé (voy., p. ex., C.J., 16 mars 2006, *Poseidon Chartering*, C-3/04, *Rec.*, p. I-2505 (directive sur les agents commerciaux), et C.J., 10 décembre 2009, *Rodríguez Mayor e.a.*, C-323/08, *Rec.*, p. I-11621 (directive sur les licenciements collectifs)).

⁵⁹ C.J., 18 octobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 et C-197/89, *Rec.*, p. I-3763.

s'appliquer⁶⁰. Dans le cadre de la répartition des compétences entre les juridictions nationales et la Cour au titre de l'article 267 TFUE, cette jurisprudence pose comme principe qu'il incombe aux premières d'apprécier la portée exacte du renvoi opéré par le droit national, la Cour se bornant, quant à elle, à l'examen et à l'interprétation des seules dispositions du droit de l'Union⁶¹. Cette jurisprudence a essuyé des objections particulièrement vives et répétées, y compris au sein même de la Cour⁶², illustrant de nouveau les tensions entre le principe des compétences d'attribution et la volonté de la Cour de promouvoir le mécanisme du renvoi préjudiciel laissant les juridictions nationales le soin de déterminer la nécessité des questions d'interprétation du droit de l'Union qu'elles lui adressent, au regard du litige dont elles sont saisies. En particulier, le fait que la jurisprudence *Dzodzi* admette que la compétence préjudicielle de la Cour, qui devrait en principe être déterminée de façon objective au regard du champ d'application défini par le droit de l'Union, puisse être subordonnée à un choix unilatéral d'un État membre paraît sujet à débat, d'autant plus que puisque l'interprétation fournie par la Cour se place, par définition, en dehors du contexte propre dans laquelle la règle est interprétée, cette situation présente le risque de conduire les juridictions nationales à se soustraire au caractère obligatoire des arrêts rendus à titre préjudiciel⁶³. Ces critiques n'ont

⁶⁰ Voy. C.J., *Dzodzi*, *op. cit.*, point 37, C.J., 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, *Rec.*, p. I-4161, point 32, C.J., 11 janvier 2001, *Kofisa Italia*, C-1/99, *Rec.*, p. I-207, point 32, C.J., 29 avril 2004, *British American Tobacco*, C-222/01, *Rec.*, p. I-4683, point 40, C.J., *Poseidon Chartering*, *op. cit.*, point 16, C.J., 11 décembre 2007, *ETI e.a.*, C-280/06, *Rec.*, p. I-10893, point 21, C.J., 20 mai 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08, *Rec.*, p. I-4303, point 33, C.J., 18 octobre 2012, *Pelati*, C-603/10, non encore publié au *Rec.*, point 18, et C.J., *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, *op. cit.*, point 20.

⁶¹ Voy., notamment, C.J., *Dzodzi*, *op. cit.*, points 37 à 42.

⁶² Voy., au sein de la Cour, en particulier, les conclusions communes de l'avocat général F. Jacobs présentées sous C.J., 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, *op. cit.*, sous *Giloy*, C-130/95, *Rec.*, p. I-4291, et sous C.J., 7 janvier 2003, *BIAO*, C-306/99, *Rec.*, p. I-1, les conclusions de l'avocat général G. Tesaurò présentées sous C.J., 28 mars 1995, *Kleinwort Benson*, C-346/93, *Rec.*, p. I-615 ainsi que les conclusions de l'avocat général D. Ruiz-Jarabo Colomer présentées sous C.J., *Kofisa Italia*, *op. cit.* Voy., parmi la doctrine, notamment, A. BARAV, *op. cit.*, note 36, pp. 773 et s.

⁶³ Voy., à cet égard, les points 60 à 65 des conclusions de l'avocat général F. Jacobs sous C.J., *BIAO*, *op. cit.* Voy. également le débat en France suscité par l'arrêt du Conseil d'État, Section, 26 juillet 1985, *Office nationale interprofessionnel des céréales c. Maiseries de la Beauce*, requête n° 42204, *Rec. Lebon*, p. 233 qui a énoncé le principe selon lequel il ne serait pas tenu par l'interprétation du droit de l'Union par la Cour en dehors des questions posées. Cette position a été rectifiée par la suite par l'Assemblée du contentieux de la haute juridiction administrative dans un arrêt du 11 décembre 2006, *Société De Groot en Slot Allium et Société Bejo Zaden*, requête n° 234560, rappelant que toute interprétation du droit de l'Union par la Cour de justice en vertu de l'article 234 CE (actuel 267 TFUE) s'impose au Conseil d'État, même si elle ne fait pas l'objet du renvoi préjudiciel en interprétation. Pour un commentaire de cette évolution jurisprudentielle, voy. notamment, F. DIEU, « Note sous CE Ass., 11 décembre 2006, Société De Groot En Slot Allium BV et Bejo Zaden BV », *R.T.D. Eur.*, 2007, pp. 473-490. Plus récemment, les cours constitutionnelles allemande et tchèque ont estimé être en droit de contrôler si la Cour, dans l'interprétation qu'elle donne des dispositions du droit de l'Union, n'a pas statué *ultra vires* auquel cas ces cours estiment, en substance, qu'elles ne sont pas liées par ladite interprétation et qu'il y a uniquement lieu d'appliquer le droit interne : voy., sur ces arrêts, M. PAYANDEH

pas infléchi, dans son principe, la solution retenue dans l'arrêt *Dzodzi*. Cette solution a même été étendue aux cas où le renvoi opéré au droit de l'Union ne ressort pas expressément d'une norme de droit interne, mais résulte d'une œuvre d'interprétation de ce droit par les juridictions nationales, y compris par la juridiction de renvoi elle-même⁶⁴. Or, cette générosité paraît mal se concilier avec les arrêts concomitants de la Cour dans lesquels cette dernière exige que la référence faite par le droit interne au droit de l'Union soit « directe et inconditionnelle »⁶⁵. Cette conciliation est d'autant plus malaisée que, dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour décide désormais de vérifier, sous peine de décliner sa compétence préjudicielle, si les éléments fournis par la juridiction de renvoi comportent des indications suffisamment précises selon lesquelles la réglementation nationale comporte, en tant que telle, un renvoi direct et inconditionnel aux solutions retenues par le droit de l'Union⁶⁶ ou aurait rendu « automatiquement applicables » ces solutions dans une affaire telle que celle dont était saisie ladite juridiction⁶⁷. Cet encadrement plus strict des conditions d'application de la jurisprudence *Dzodzi* a été salué par l'avocat général N. Wahl dans ses conclusions sous l'affaire *Venturini e.a.* précitées⁶⁸. On regrettera cependant l'absence d'uniformité à ce stade des solutions dégagées par la Cour, dans ses formations à cinq juges.

Au vu du caractère fluctuant de la jurisprudence actuelle de la Cour portant sur les situations purement internes, la conduisant, comme nous l'avons indiqué, à adopter des solutions diamétralement opposées quant à la reconnaissance de sa compétence préjudicielle, il serait bienvenu que la grande chambre de la Cour puisse se saisir dans un avenir proche de cette problématique. Si tel est le cas, il faut espérer que son arrêt puisse permettre une meilleure lisibilité et une plus grande prévisibilité du traitement qu'elle réserve aux questions préjudicielles qui lui sont déferées dans ces situations.

« Constitutional Review of EU Law after Honeywell : Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice », *C.M.L. Rev.*, 2011, p. 9 ; J. ZEMÁNEK, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque du 31 janvier 2012, les retraites slovaques XVII : le principe de l'égalité de traitement : un motif de rébellion contre la Cour de justice de l'Union européenne ? », *C.D.E.*, 2012, p. 709, et J. MALENOVSKÝ, « Le renvoi préjudiciel perçu par trois Cours "souveraines" », *J.D.E.*, 2013, p. 219.

⁶⁴ Voy., notamment, C.J., *Kofisa Italia*, *op. cit.*, point 28, C.J., *Rodríguez Mayor e.a.*, *op. cit.*, point 25, C.J., 8 novembre 2012, *Techniko Epimelitirio Elladas e.a.*, C-271/11, non encore publié au *Rec.*, point 35, et C.J., *Allianz Hungária Biztosító e.a.*, *op. cit.*, point 22.

⁶⁵ Voy., en particulier, C.J., *Kleinwort Benson*, *op. cit.*, point 16, C.J., *ETI e.a.*, *op. cit.*, point 19, C.J., *Cicala*, *op. cit.*, point 19, C.J., *Nolan*, *op. cit.*, point 47, et C.J., 7 novembre 2013, *Romeo*, C-313/12, non encore publié au *Rec.*, point 23.

⁶⁶ Voy. C.J., *Cicala*, *op. cit.*, point 29, et C.J., *Roméo*, *op. cit.*, point 25, dans lesquelles la Cour s'est déclarée incompétente pour répondre à plusieurs des questions posées.

⁶⁷ C.J., *Nolan*, *op. cit.*, point 51.

⁶⁸ Voy. point 50 des conclusions précitées.

II. – Sur la compétence de la Cour, l'existence d'un litige au principal et la perte d'objet en cours d'instance d'une décision préjudicielle

Si le renvoi préjudiciel en interprétation doit porter sur le droit de l'Union et être adressé par une juridiction nationale au sens de l'article 267 TFUE, question que nous n'aborderons que très marginalement dans les prochains développements, il doit aussi être suscité par l'existence d'un litige réel pendant devant la juridiction de renvoi, non artificiellement construit. Nous ne reviendrons pas sur cette dernière condition afférente à l'absence de caractère artificiel du litige au principal, dégagée dans les arrêts *Foglia*⁶⁹, qui, malgré les critiques de la doctrine⁷⁰, reste toujours d'actualité⁷¹. Nous nous attacherons en revanche à l'examen de la condition relative à la perte d'objet d'une décision préjudicielle en cours d'instance, liée à la vérification par la Cour de l'existence et de la permanence d'un litige devant la juridiction de renvoi.

À titre liminaire, cette condition doit, à notre sens, être rattachée à la compétence de la Cour de répondre aux questions qui lui sont soumises et non à leur recevabilité⁷². En effet, en l'absence d'un litige devant la juridiction nationale ou dans l'hypothèse où ce litige vient à disparaître alors que la Cour est saisie du renvoi préjudiciel, cette situation devient irrémédiable et le juge national ne pourra donc pas la pallier en adressant une nouvelle demande de décision préjudicielle. La Cour estime ainsi, dans le cadre de la vérification de sa propre compétence, qu'il « ressort à la fois des termes et de l'économie de l'article 267 TFUE que la procédure préjudicielle présuppose qu'un litige soit effectivement pendant devant les juridictions nationales, dans le cadre duquel elles sont appelées à rendre une décision susceptible de prendre en considération l'arrêt préjudiciel »⁷³ et déclinera sa compétence si tel n'est pas le cas, indiquant qu'il n'y a pas lieu de répondre aux questions qui lui ont été déférées⁷⁴. En outre,

⁶⁹ C.J., 11 mars 1980, *Foglia*, 104/79, *Rec.*, p. 745, point 10, et C.J., 16 décembre 1981, *Foglia*, 244/80, *Rec.*, p. 3045, point 18.

⁷⁰ Voy., en particulier, A. BARAV, « Transmutations préjudicielles », *op. cit.*, note 4, pp. 621-635. Voy. également, M. BROBERG et N. FENCER, *op. cit.*, note 18, pp. 203-211.

⁷¹ Voy., p. ex., C.J., 5 juin 1997, *Celestini*, C-105/94, *Rec.*, p. I-2971, points 19 à 26, et C.J., 29 avril 2004, *Plato Plastik Robert Frank*, C-341/01, *Rec.*, p. I-4883, points 30 et 31.

⁷² La Cour examine parfois, erronément selon nous, la question de l'éventuelle perte d'objet du litige au principal dans le contexte de la recevabilité des questions préjudicielles : voy., à titre d'exemple, C.J., 30 novembre 1995, *Esso Española*, C-134/94, *Rec.*, p. I-4223, points 5 à 9.

⁷³ Voy. notamment, C.J., 15 juin 1995, *Zabala Erasun e.a.*, C-422/93 à C-424/93, *Rec.*, p. I-1567, point 28, C.J., 12 mars 1998, *Djabali*, C-314/96, *Rec.*, p. I-1149, point 18, et C.J., 20 janvier 2005, *Garcta Blanco*, C-225/02, *Rec.*, p. I-523, point 27, et C.J., 27 juin 2013, *Di Donna*, C-492/11, non encore publié au *Rec.*, point 26.

⁷⁴ Comme dans les affaires, C.J., *Garcta Blanco*, *Djabali* et *Di Donna*, *op. cit.* Question d'ordre public, cette condition peut (et même doit, selon nous) être examinée d'office : voy. C.J., 11 septembre 2008, *UGT-Rioja e.a.*, C-428/06 à C-434/06, *Rec.*, p. I-6747, point 40.

cette condition ne constitue pas à nos yeux une sous-catégorie des critères que doivent satisfaire les organismes nationaux afin d'être qualifiés de « juridiction d'un des États membres » au sens de l'article 267 TFUE⁷⁵, l'examen de la fonction juridictionnelle d'un tel organe, c'est-à-dire de sa *capacité* à trancher des différends de manière indépendante et impartiale, devant se faire, selon nous, de manière un peu plus abstraite eu égard aux règles qui régissent sa procédure.

Cela étant, la problématique de la vérification par la Cour de l'existence et de la permanence d'un litige devant la juridiction de renvoi se manifeste sous des formes variées. Cinq cas de figure seront examinés ci-après, qui peuvent être dégagés de la jurisprudence.

Un premier cas de figure, qui paraît propre aux juridictions de dernier ressort ou aux cours constitutionnelles, est celui dans lequel ces juridictions statuent dans le contexte de recours extraordinaires ou, à l'instar de la Cour en matière préjudicielle, dans le cadre d'une procédure incidente de droit national et dont l'origine se trouve dans un litige entre des parties, le cas échéant, devant des juridictions de degré inférieur. Dans ces hypothèses, la Cour se montre généreuse, en admettant l'existence d'un litige au principal ou la permanence de l'objet du renvoi préjudiciel (et non son caractère hypothétique), peut-être en raison même de la qualité de juridiction de dernier degré de l'organe qui la saisit. C'est ainsi qu'elle a jugé que la Cour administrative suprême suédoise (*Regeringsrätten*) était bien amenée à statuer sur un litige réel dans le cadre du contrôle de la légalité d'un avis des autorités fiscales, quand bien même les transactions de l'opérateur économique qui faisaient l'objet dudit avis n'avaient pas encore été réalisées⁷⁶. De même, la Cour a accepté de répondre aux questions posées par la Cour suprême autrichienne (*Oberster Gerichtshof*) dans une procédure par laquelle cette dernière ne statuait certes pas sur des litiges concernant une affaire concrète impliquant des personnes identifiées, mais devait répondre aux questions juridiques liées à des situations factuelles suffisamment concrètes posées par des groupements d'employeurs et de salariés⁷⁷. On relèvera aussi avec intérêt que,

⁷⁵ Voy. en dernier lieu sur ces critères, C.J. (ord.), 14 novembre 2013, *MF 7*, C-49/13, non encore publiée au *Rec.*, point 15 et jurisprudence citée : « [...] pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une "juridiction" au sens de l'article 267 TFUE, question qui relève uniquement du droit de l'Union, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels que l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit ainsi que son indépendance ».

⁷⁶ Voy. C.J., 18 novembre 1999, *X et Y*, C-200/98, *Rec.*, p. I-8261, points 21 et 22. Dans cette affaire, la Cour administrative suprême a aussi été considérée comme une exerçant une fonction juridictionnelle. Voy. également, s'agissant de la même juridiction et dans un contexte similaire, C.J., 12 juin 2008, *Gourmet Classic*, C-458/06, *Rec.*, p. I-4207, points 27 à 33.

⁷⁷ C.J., 30 novembre 2000, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-195/98, *Rec.*, p. I-10497, points 28 et 29.

dans son arrêt du 30 mai 2013 (PPU), *Jérémy F*⁷⁸, la Cour a passé sous silence tant la question de l'existence d'un litige pendant devant la juridiction de renvoi, en l'occurrence le Conseil constitutionnel français, que celle du caractère juridictionnel de ce Conseil lorsqu'il est lui-même saisi d'une « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC) par le Conseil d'État ou la Cour de cassation⁷⁹ et que, à cette occasion et dans ce contexte, se pose devant lui une question d'interprétation de droit de l'Union qu'il défère à la Cour. La Cour se satisfait donc implicitement de la circonstance que, bien que saisi dans le contexte d'une procédure incidente, le Conseil constitutionnel était appelé à se prononcer à « l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction »⁸⁰. En l'occurrence, il ne faisait pas de doute que l'instance au fond dans l'affaire *Jérémy F* était toujours en cours au moment où le Conseil constitutionnel a déféré sa demande de décision préjudicielle à la Cour. Toutefois, il n'est pas certain que la situation aurait été traitée de manière identique par cette dernière si l'instance au fond devant les juridictions françaises s'était éteinte après que le Conseil constitutionnel avait été saisi. En effet, si une telle extinction est sans conséquence sur l'examen de la QPC par le Conseil constitutionnel⁸¹, il n'en va pas en principe de même pour apprécier la compétence préjudicielle de la Cour. Cette problématique reste donc pour l'instant en suspens⁸².

Un deuxième cas de figure concerne la situation dans laquelle la demande de décision préjudicielle fait l'objet d'un recours de droit interne. D'une manière générale, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à ce que des décisions d'une juridiction nationale, ne statuant pas en dernier ressort, saisissant la Cour à titre

⁷⁸ C.J., 30 mai 2013, *Jérémy F*, C-168/13 (PPU), non encore publiée au *Rec.*

⁷⁹ La question prioritaire de constitutionnalité, permettant un contrôle a posteriori de constitutionnalité des lois, a été introduite dans la Constitution française par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (*J.O.R.F.*, 24 juillet 2008) y insérant notamment un article 61-1. Cette procédure, qui n'est pas à proprement dit analogue à une question préjudicielle, constitue cependant un « contrôle incident de constitutionnalité, greffé sur une instance de fond mais traité distinctement selon une procédure autonome » (voy. G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3^e édition, Paris, P.U.F., 2011, pp. 433-434).

⁸⁰ En effet, aux termes de l'article 61-1 de la Constitution française, le Conseil d'État et la Cour de cassation ne peuvent saisir le Conseil constitutionnel que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (nous soulignons).

⁸¹ Conformément à l'article 23-9 de la Loi organique du 10 décembre 2009 (*J.O.R.F.*, 11 décembre 2009) « l'extinction, pour quelque cause que ce soit, de l'instance à l'occasion de laquelle la [QPC] est posée est sans conséquence sur [son] examen ». C'est ainsi que la QPC devient, à ce stade, un contentieux objectif, détaché de toute instance au fond : voy. G. DRAGO, *op. cit.*, note 79, p. 435.

⁸² En revanche, nous ne voyons pas, contrairement à ce qui a été suggéré par un auteur (voy. D. ROUSSEAU, « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 7 mai 2013, p. 13) comment la Cour pourrait reconnaître sa compétence à répondre à une question préjudicielle déferée par le Conseil constitutionnel lorsque ce dernier exerce son contrôle a priori des lois, indépendamment du délai d'un mois qui s'impose à lui, puisqu'un contrôle est enclenché avant la promulgation de la loi, sans connexion aucune avec un litige pendant devant une juridiction française.

préjudiciel restent soumises aux voies de recours normales prévues par le droit national⁸³. Si la juridiction d'appel, qui est alors saisie du litige au principal, décide d'ajouter de nouvelles questions préjudicielles, la Cour pourra les joindre et les traiter ensemble⁸⁴. À l'inverse, après en avoir informé la juridiction de renvoi, la Cour radie les demandes de décision préjudicielle qui sont annulées ou réformées par une juridiction d'appel⁸⁵. Une telle radiation ne peut cependant pas priver la juridiction de première instance, dont la décision de demande préjudicielle a été annulée ou réformée, de la faculté, si la procédure au principal reprend devant elle ou si elle n'a été que suspendue, de réinterroger la Cour au titre de l'article 267 TFUE. En effet, cette dernière a jugé que, dans une telle hypothèse, la juridiction de premier degré demeure libre de saisir de nouveau la Cour nonobstant l'existence en droit interne d'une règle liant les juridictions à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur⁸⁶. En revanche, dans la mesure où la juridiction de renvoi est dessaisie de l'entière du litige au principal par la juridiction supérieure et que celle-ci le tranche en assumant directement la responsabilité du respect du droit de l'Union, la Cour pourra constater, même en l'absence du retrait de la demande de décision préjudicielle, l'extinction du litige devant la juridiction de renvoi et partant qu'il n'y a pas lieu de répondre aux questions qui lui avaient été déférées⁸⁷. Une telle constatation, tout comme la radiation de l'affaire par la Cour, dépendent, bien entendu, d'une information adéquate de cette dernière quant à l'existence de ces incidents de procédure et quant au caractère suspensif ou non du recours de droit interne introduit contre la demande de décision préjudicielle. À cet égard, bien que le point 30 des recommandations à l'attention des juridictions nationales invite celles-ci à avertir la Cour « de tout incident procédural susceptible d'avoir une incidence sur sa saisine »⁸⁸, la Cour se trouve parfois placée devant des situations délicates lorsque, par exemple, ce sont les parties au principal qui prennent

⁸³ Voy., notamment, C.J. 12 février 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, 146/73, *Rec.*, p. 139, point 3, C.J., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Rec.*, p. I-9641, et C.J. (ord.), 24 mars 2009, *De Nationale Loterij*, C-525/06, *Rec.*, p. I-2197, point 6.

⁸⁴ Voy. les exemples données par C. NAÔMÉ, *op. cit.*, note 18, pp. 133-134.

⁸⁵ Voy., notamment, C.J. (ord.), 19 juin 1991, *Bosman*, C-340/90, non publiée au *Rec.*, C.J. (ord.), 28 mars 2012, *Amedee*, C-572/10, non publiée au *Rec.*, et C.J. (ord.), 25 septembre 2013, *BNP Paribas Personal Finance SA*, C-564/12, non publiée au *Rec.*

⁸⁶ Voy., en ce sens, C.J., *Cartesio*, *op. cit.*, point 94, C.J., 5 octobre 2010, *Elchinov*, C-173/09, *Rec.*, p. I-8889, point 27, et C.J., 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, C-416/10, non encore publié au *Rec.*, point 68. Dans cette dernière affaire, la Cour a précisé que l'article 267 TFUE doit être interprété en ce sens qu'une juridiction nationale (de dernier ressort), telle que la juridiction de renvoi (Cour suprême de Slovaquie), a l'obligation de saisir d'office la Cour d'une demande de décision préjudicielle, alors même qu'elle statue sur renvoi après la cassation de sa première décision par la juridiction constitutionnelle de l'État membre concerné et qu'une règle nationale lui impose de trancher le litige en suivant la position juridique exprimée par cette dernière juridiction.

⁸⁷ Voy., en ce sens, C.J. (ord.), *De Nationale Loterij*, *op. cit.*, points 8 et 11.

⁸⁸ Voy., recommandations précitées note 15.

l'initiative de l'informer d'un appel interjeté contre le jugement de la juridiction de renvoi et que la Cour reste dans l'incertitude quant au déroulement et quant aux autres incidents émaillant la procédure devant la juridiction de degré supérieur en l'absence de réaction de la part de cette dernière aux courriers qui lui sont adressés⁸⁹. Si la Cour tient compte de l'effet suspensif de l'activation de la voie de recours de droit interne lorsqu'elle en est informée dans l'attente du jugement de la juridiction d'appel, elle a cependant tenu à clarifier les règles de principe applicables à de tels cas dans le contexte de la refonte de son nouveau règlement de procédure⁹⁰. L'article 100, paragraphe 1, première phrase, de ce règlement précise ainsi que la Cour « reste saisie d'une demande de décision préjudicielle tant que la juridiction [de renvoi] ne l'a pas retirée [...] ». Toutefois, cette possibilité, nous indique le paragraphe 2 dudit article, est sans préjudice de la faculté pour la Cour de constater, à tout moment, que les conditions de sa compétence ne sont plus réunies. Ceci implique, comme nous le verrons dans les cas de figure suivants, qu'une déclaration d'incompétence de la Cour ne saurait être conditionnée au retrait formel de la demande de décision préjudicielle par la juridiction nationale.

Un troisième cas de figure est celui, propre aux procédures d'urgence, dans lequel la juridiction de renvoi vient à accorder les mesures provisoires sollicitées par l'une des parties au principal, épuisant par là même sa faculté de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle. La Cour se montre cependant souple et vérifie, le cas échéant en s'adressant aux parties intéressées, si, quand bien même la mesure provisoire a été accordée, la juridiction de renvoi demeure saisie du litige et peut toujours convoquer les parties afin de confirmer, de modifier ou de rétracter la mesure ordonnée immédiatement⁹¹.

Un quatrième cas de figure, plus fréquent, est celui dans lequel la Cour est informée par la juridiction de renvoi, voire par l'une des parties au principal, de la caducité du recours au principal, en raison, tantôt d'un désistement, total ou partiel, de l'une des parties au principal⁹², tantôt du fait que les prétentions du requérant au principal ont été entièrement satisfaites et/ou encore d'un accord entre ces parties rendant sans objet le litige. Cette dernière situation s'est ainsi

⁸⁹ Voy., p. ex., les faits à l'origine de C.J. (ord.), 25 novembre 2008, *Sporting du pays de Charleroi e.a.*, C-243/06, non publiée au *Rec.*, et C.J. (ord.), 12 mars 2009, *Beecham Group e.a.*, C-132/07, *Rec.*, p. I-1775.

⁹⁰ Voy. M.-A. GAUDISSERT, *op. cit.*, note 11, p. 642.

⁹¹ Voy. C.J., 21 avril 1988, *Pardini*, 338/85, *Rec.*, p. 2041, point 13. Voy., également à propos d'une suspension de la procédure de référés, C.J., 13 avril 2000, *Lehtonen*, C-176/96, *Rec.*, p. I-2681, point 20.

⁹² Voy., p. ex., concernant un désistement total, C.J. (ord.), 8 décembre 2011, *Thöne*, C-552/11, non publiée au *Rec.*, et C.J. (ord.), 4 octobre 2012, C-30/12, *Marcinová*, non publiée au *Rec.*, point 1. Pour un cas de désistement partiel, voy. C.J., 9 décembre 2010, *Fluxys*, C-241/09, *Rec.*, p. I-12773.

présentée dans l'affaire (PPU) *Mohammad Imran*⁹³ qui concernait un recours administratif contre le refus par les autorités néerlandaises d'accorder le droit au regroupement familial d'un ressortissant d'un pays tiers. Alors que le traitement par procédure d'urgence venait d'être accordé par la Cour, le ministère défendeur a informé cette dernière qu'un permis de séjour provisoire avait été délivré à la requérante au principal, ce qui rendait caduque la décision contre laquelle son recours au principal était dirigé. Ayant confirmé cette information, la juridiction de renvoi estimait que la procédure avait perdu son caractère d'urgence, mais soutenait cependant qu'il n'était pas opportun de retirer la demande de décision préjudicielle dans la mesure où Mme Imran ne s'était pas désistée de son recours et où elle envisageait de la saisir d'un recours en dommages et intérêts. De manière laconique, la Cour rejeta ces objections à la constatation de la perte d'objet du litige au principal, rappelant que l'introduction du recours en dommages et intérêts évoqué par la juridiction de renvoi n'était qu'éventuelle et hypothétique, alors que, conformément à la jurisprudence, « la justification du renvoi préjudiciel est non pas la formulation d'opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques, mais le besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux »⁹⁴.

Bien qu'apparemment simple, un tel cas de figure présente plusieurs difficultés, tant d'ordre juridique que pratique.

En premier lieu, on remarquera que, sur la question de l'effet du désistement des parties à l'instance devant la juridiction de renvoi, la jurisprudence de la Cour ne paraît pas totalement univoque. En effet, alors même que, sans que la juridiction de renvoi ait retiré sa demande de décision préjudicielle, la Cour a constaté, dans son arrêt *Fluxys*⁹⁵, que le désistement d'une partie au principal, y compris partiel, c'est-à-dire qui n'entraîne pas l'extinction de l'instance devant la juridiction de renvoi, pouvait être suffisant pour que la Cour ne se trouve plus en mesure de statuer sur les questions posées, elle a, au contraire, jugé dans l'arrêt *DHL International* que, malgré le fait que le requérant au principal avait renoncé à ses moyens tirés du droit de l'Union dans le litige au principal, il y avait lieu de répondre aux questions préjudicielles posées dans la mesure où la juridiction de renvoi n'avait pas retiré formellement sa demande de décision préjudicielle »⁹⁶. Certes, des contraintes d'ordre procédural interne, liées à l'article 825 du code judiciaire belge, pourraient être susceptibles à première vue d'expliquer cette

⁹³ C.J. (ord.), 10 juin 2011, *Mohammad Imran*, C-155/11 PPU, *Rec.*, p. I-5095. Voy. également C.J., *García Blanco*, *op. cit.*, points 29 et 30, C.J., *Djabali*, *op. cit.*, points 20 et 21, et C.J. (ord.), 22 octobre 2012, *Šujetová*, C-252/11, non publiée au *Rec.*, point 16.

⁹⁴ C.J., *Mohammad Imran*, *op. cit.*, points 18 à 22 et jurisprudence citée.

⁹⁵ C.J., *Fluxys*, *op. cit.*, points 32 et 33.

⁹⁶ C.J., 13 octobre 2011, *DHL International*, C-148/10, *Rec.*, p. I-9543, point 31.

différence d'approche, la juridiction de renvoi (Hof van beroep te Brussel) dans l'affaire *DHL International* ne pouvant, en effet, constater la validité du désistement sans le consentement de la partie adverse. Toutefois, non seulement des contraintes identiques pesaient sur la juridiction à l'origine du renvoi dans l'affaire *Fluxys*, puisqu'il s'agissait également du Hof van beroep te Brussel⁹⁷, mais de plus, comme indiqué précédemment, la constatation de l'incompétence de la Cour pour répondre aux questions posées ne saurait être subordonnée au retrait par la juridiction de renvoi de sa demande de décision préjudicielle.

En deuxième lieu, lorsque la juridiction nationale n'avertit pas elle-même la Cour, cette dernière lui adressera par l'intermédiaire du greffe une demande visant à savoir si, et le cas échéant, pourquoi, elle estime nécessaire de maintenir sa demande de décision préjudicielle. Malgré les recommandations précitées, il arrive malheureusement assez régulièrement que la Cour doive s'y prendre à plusieurs reprises avant d'obtenir une réponse de la juridiction de renvoi⁹⁸. Dans le cas des PPU, comme dans l'affaire *Imran* précitée, soumises à des délais de traitement stricts, non supérieurs, en règle générale, à trois mois à compter de l'introduction de la demande, cette situation peut s'avérer particulièrement problématique et source d'incertitudes pour l'organisation déjà programmée de l'audience de plaidoiries et la convocation des parties intéressées, si la juridiction de renvoi tarde à répondre⁹⁹.

En troisième lieu, il est arrivé, certes occasionnellement, que la Cour ne soit avertie que très tardivement d'un accord entre les parties et/ou d'un retrait de demande de décision préjudicielle par la juridiction de renvoi, y compris parfois même après la clôture du délibéré, au moment où l'arrêt est dans l'attente de sa traduction vers la langue de procédure et vers les autres langues officielles ainsi que de son prononcé. La question s'est donc posée de savoir si la Cour était en droit, malgré cette information et/ou le retrait, de prononcer son arrêt. L'ancien règlement de procédure de la Cour ne prévoyant aucune disposition à cet égard, la Cour a saisi l'occasion de la refonte dudit règlement pour proposer

⁹⁷ Voy. C.J., *Fluxys*, *op. cit.*, point 21. Voy., également les points 51 à 54 des conclusions de l'avocat général N. Jääskinen sous C.J., *DHL International*, *op. cit.*, lequel proposait de conclure au non-lieu à répondre aux questions posées.

⁹⁸ Voy., par exemple, dans le cas où ce sont directement les parties au principal qui informent la Cour d'un désistement d'instance devant la juridiction de renvoi, C.J. (ord.), 28 novembre 2008, *Sporting du pays de Charleroi e.a.*, C-243/06, non publiée au *Rec.*, et C.J. (ord.), 15 février 2011, *Accor Services France*, C-269/10, non publiée au *Rec.*

⁹⁹ Rappelons que, contrairement aux affaires préjudicielles traitées selon la procédure ordinaire, l'audience de plaidoiries dans les PPU demeure obligatoire : voy., article 110, paragraphe 3, du nouveau règlement de procédure de la Cour, précité. Voy., pour un cas de retrait d'une demande de décision à titre préjudiciel, après clôture de la procédure écrite, alors que l'urgence (PPU) avait été préalablement accordée : C.J. (ord.), 3 avril 2010, *Gataev et Gateva*, C-105/10 PPU, non publiée au *Rec.*

au Conseil d'y insérer une limite temporelle à la faculté des juridictions nationales de retirer une demande de décision préjudicielle, en précisant qu'un arrêt serait tout de même adopté « lorsque le retrait d'une demande de décision préjudicielle intervient après que la Cour a signifié la date de [son] prononcé ». Accueillie de manière « mitigée » par les délégations au sein du Conseil, dont certaines craignaient le risque de porter atteinte aux prérogatives des juridictions nationales tandis que d'autres s'interrogeaient sur l'utilité d'une réponse de la Cour à une question devenue sans objet¹⁰⁰, la proposition de la Cour, bien que maintenue en substance, fut finalement modifiée dans son libellé. Ainsi, l'article 100, paragraphe 1, seconde phrase de ce règlement prévoit « le retrait d'une demande [ne] peut être pris en compte [que] jusqu'à la signification de la date du prononcé de l'arrêt aux intéressés visés à l'article 23 du statut », à savoir les parties intéressées ayant participé à la procédure devant la Cour. L'arrêt sera donc délivré même en présence d'une information de la part des parties au litige au principal concernant la caducité du recours au principal ou leur accord, si le retrait du renvoi préjudiciel par la juridiction nationale n'est pas intervenu avant la signification du prononcé aux parties intéressées, c'est-à-dire au maximum quelques jours après la clôture du délibéré. Cette solution pragmatique¹⁰¹, qui paraît s'aligner sur la pratique des juridictions nationales, n'est toutefois pas exempte d'ambiguïtés quant à son articulation avec la jurisprudence relative au refus de la Cour de répondre à des questions purement hypothétiques. Corrélativement, on peut aussi s'interroger sur le caractère obligatoire de la réponse donnée par la Cour.

Enfin, un cinquième cas de figure se présente lorsque, avertie par l'une des parties au principal, la Cour constate, après, le cas échéant, éclaircissements pris auprès de la juridiction de renvoi, une évolution, en cours d'instance devant la Cour, du cadre juridique interne de sorte que la réglementation nationale et/ou les décisions administratives à l'origine du litige au principal ont été éliminées de l'ordre juridique interne. C'est ainsi que, dans l'arrêt *Di Donna*¹⁰², la Cour a décliné sa compétence pour répondre aux questions posées par une juridiction nationale qui s'interrogeait sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'une disposition législative italienne imposant aux parties une procédure de médiation dans certains litiges tandis que, suite à l'introduction du renvoi préjudiciel, cette disposition a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour Constitutionnelle

¹⁰⁰ Voy. M.-A. GAUDISSERT, *op. cit.*, note 11, p. 643.

¹⁰¹ Une autre solution, plus satisfaisante à nos yeux, aurait été de prévoir la notification (aux parties intéressées et à la juridiction de renvoi) du dispositif de l'arrêt dès la clôture du délibéré, la traduction des motifs se faisant ultérieurement.

¹⁰² C.J., *Di Donna*, *op. cit.*

italienne. Bien que la juridiction de renvoi ait maintenu sa demande de décision préjudicielle sans prendre position sur l'incidence que pouvait avoir l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne sur le litige au principal, la Cour a jugé que, la disposition législative ayant été « écartée de l'ordre juridique national », la réponse qu'elle aurait donnée aux questions posées auraient désormais eu un caractère hypothétique puisque les parties au principal n'étaient plus tenues de participer à une procédure de médiation obligatoire¹⁰³. Une démarche identique a été suivie dans l'arrêt *Stoilov i Ko*¹⁰⁴. Dans cet arrêt, la Cour a constaté, en substance, que dans la mesure où légalité de la décision nationale à l'origine du litige au principal et du renvoi préjudiciel était conditionnée à une autre décision administrative ayant été, quant à elle, en cours d'instance devant la Cour, invalidée et réformée par la Cour suprême administrative de l'État membre en cause et qui n'existait donc plus dans l'ordre juridique national, il n'y avait plus lieu de répondre aux questions posées. En effet, la juridiction de renvoi ne pouvant adopter, pour trancher le litige au principal, une décision tenant compte des réponses de la Cour, y répondre aurait conduit à méconnaître la fonction de la Cour, au titre de l'article 267 TFUE, lui interdisant de fournir des opinions consultatives et de statuer sur des questions de nature hypothétique¹⁰⁵. Ces arrêts constituent une manifestation très nette de la tendance de la Cour, avec l'appui des parties au principal et des parties intéressées, à vérifier très concrètement l'utilité de ses réponses pour trancher le litige dont est saisie la juridiction de renvoi, alors même que celle-ci manifeste le souhait de maintenir ses questions préjudicielles. Une telle démarche n'est nécessairement pas sans poser quelques problèmes vis-à-vis des juridictions nationales, en particulier parce qu'elle dépend assez largement de la durée de la procédure préjudicielle devant la Cour¹⁰⁶. On peut

¹⁰³ *Ibid.*, points 27 à 32. Voy. également, pour une situation assez proche, C.J., *Fluxys*, *op. cit.*, points 32 et 33.

¹⁰⁴ C.J., 24 octobre 2013, *Stoilov i Ko*, C-180/12, non encore publié au *Rec.*

¹⁰⁵ C.J., *Stoilov i Ko*, *op. cit.*, points 42 à 48. Dans ses conclusions sous cette affaire, l'avocat général P. Mengozzi a mis en exergue que la juridiction de renvoi ne devait plus que constater que la décision à l'origine du litige au principal avait perdu l'une de ses conditions de légalité en droit interne, ainsi que l'avait admis la juridiction de renvoi (point 17 de ses conclusions). Il ressort aussi de l'analyse de l'avocat général que le litige au principal était maintenu pendant devant la juridiction de renvoi, en quelque sorte, de manière artificielle de sorte à lui permettre de remettre en cause des appréciations de fait effectuées par la Cour suprême administrative lorsque celle-ci a réformé l'autre décision. Ces circonstances ont amené l'avocat général à rappeler que la coopération instituée par l'article 267 TFUE ne doit pas conduire les juridictions nationales à instrumentaliser la Cour en lui faisant endosser un rôle d'arbitre entre une cour suprême et une juridiction subalterne d'un État membre dans l'appréciation des faits au principal qui ne relève, de toute manière, pas de sa compétence (voy. conclusions précitées, point 21).

¹⁰⁶ Pour rappel ce délai, qui s'est sensiblement réduit durant les dernières années, est d'environ 16 mois. Dans l'affaire *Di Donna*, la demande de décision préjudicielle avait été introduite le 26 septembre 2011 et l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne invalidant les dispositions législatives litigieuses le 24 octobre 2012, après clôture de la procédure écrite devant la Cour. Dans l'affaire *Stoilov i Ko*, le renvoi préjudiciel a été introduit le 16 avril 2012, tandis que l'arrêt de la Cour suprême administrative a été prononcé le 5 juillet 2012 et a été porté à la connaissance de la Cour durant la phase de la procédure écrite qui se déroulait devant elle.

aisément imaginer que des situations telles que celles ayant conduit aux arrêts *Di Donna* et *Stoilov i Ko*, ne se produiront vraisemblablement pas dans les affaires préjudicielles traitées par procédure d'urgence ou par procédure accélérée, pour lesquelles le délai de traitement est sensiblement réduit.

III. – Sur le champ d'application et les conditions d'enclenchement respectifs de la procédure accélérée et de la PPU

Tandis que la Cour s'est dotée de la possibilité de statuer sur des renvois préjudiciels par procédure accélérée dans le courant de l'année 2000¹⁰⁷, la PPU n'a été instituée qu'à compter de 2008¹⁰⁸ afin de répondre à l'élargissement des compétences de la Cour aux matières relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (actuel titre V de la troisième partie du TFUE)¹⁰⁹ et d'adapter sa procédure à la nécessité, inscrite à l'article 267, quatrième phrase, TFUE, de statuer dans « les plus brefs délais » lorsque une question portant sur l'interprétation du droit de l'Union ou la validité d'un acte de ce droit est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue. Dans le cadre de cette brève contribution, il n'est pas de notre ambition d'exposer en détail les aspects procéduraux du traitement accéléré ou par voie d'urgence des renvois préjudiciels par la Cour, aspects qui ont d'ailleurs déjà fait l'objet de nombreux commentaires¹¹⁰. Nous rappellerons simplement que ces deux procédures se caractérisent par des délais de traitement sensiblement raccourcis qui peuvent se résumer ainsi : une réduction de la durée de la procédure écrite (voire son omission dans le cas de la PPU pour des motifs « d'extrême urgence »), une limitation, s'agissant de la PPU, des parties

¹⁰⁷ Par l'insertion, le 16 mai 2000 (*J.O.* L 122, p. 1), d'un article 104bis dans son ancien règlement de procédure. Cette procédure, en matière préjudicielle, a été utilisée pour la première fois par la Cour dans l'affaire *Jippes e.a.* (C.J., 12 juillet 2001, *Jippes e.a.*, C-189/01, *Rec.*, p. I-5689) à propos de la validité des actes adoptés par la Communauté pour lutter contre la fièvre aphteuse.

¹⁰⁸ Article 104ter inséré dans l'ancien règlement de procédure le 15 janvier 2008 (*J.O.* L 24, p. 39) et entrée en vigueur le 1^{er} mars suivant.

¹⁰⁹ Il s'agit des domaines de la coopération judiciaire en matière civile, de la coopération judiciaire et policière en matière pénale et du domaine « visas, asile et immigration ».

¹¹⁰ Voy., notamment, V. SKOURIS, « L'urgence dans la procédure applicable aux renvois préjudiciels », in *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 57 ; P. KOUTRAKOS, « Speeding up the preliminary reference procedure – fast but not too fast », *E.L.Rev.*, 2008, p. 617 ; C. NAÔMÉ, « La procédure accélérée et la procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *J.D.E.*, 2009, p. 237 ; A. TIZZANO et B. GENCARELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 923 ; L. COUTRON, « Urgence et renvoi préjudiciel », *R.A.E.*, 2012, p. 385 ; L. CLÉMENT-WILZ, *op. cit.*, note 13, p. 135.

intéressées susceptibles de déposer des observations écrites, une accélération systématique du traitement interne de ces affaires par la Cour (une chambre est désignée annuellement dans le cas de la PPU), une prise de position (et non la présentation de conclusions à proprement dit) de l'avocat général, présentée généralement par écrit, en moyenne, deux à trois jours après l'audience de plaidoiries (obligatoire pour les deux procédures) et rendue publique, sauf décision contraire de la formation de jugement¹¹¹, le jour du prononcé de l'arrêt, un délibéré de la formation de jugement dépassant rarement une dizaine de jours. Tandis que, s'agissant de la PPU, la Cour a toujours réussi jusqu'à présent à satisfaire à la déclaration du Conseil, émise lors de la création de ce nouveau mécanisme¹¹², selon laquelle une PPU devait être clôturée dans les trois mois (à compter du dépôt de la demande de décision préjudicielle)¹¹³, le traitement d'une affaire préjudicielle par la voie de la procédure accélérée prend, quant à lui, environ quatre mois.

Si la procédure accélérée peut être sollicitée indépendamment des normes du droit de l'Union concernées par le renvoi préjudiciel, la procédure d'urgence est quant à elle réservée, comme nous l'avons dit, aux matières relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice¹¹⁴.

On aurait donc pu penser qu'il existait une certaine étanchéité entre la PPU et la procédure accélérée, c'est-à-dire que la première n'aurait pu être déclenchée qu'en présence d'une question relevant de l'espace de liberté de sécurité

¹¹¹ À notre connaissance, seules à ce jour deux prises de position n'ont pas été rendues publiques, la première dans l'affaire C.J., 1^{er} décembre 2008, *Leyman et Pustovarov*, C-338/08 PPU, *Rec.*, p. I-8983 et la seconde dans l'affaire *Jérémy F.*, *op. cit.* Aucune explication ne transparait des arrêts quant aux raisons présidant à la non-publication de ces documents.

¹¹² *Voy. J.O. L 24*, 29 janvier 2008, p. 44.

¹¹³ Selon le rapport (de la Cour) sur la mise en œuvre de la procédure préjudicielle d'urgence par la Cour de justice, adressé au Conseil le 30 janvier 2012 (disponible sur le site internet de la Cour), la Cour a, durant les trois premières années judiciaires d'application de la PPU, réglé l'affaire dans un délai moyen de 66 jours. Cette moyenne n'a pas été excédée dans les années suivantes. Ce délai a certainement pu être respecté grâce à la circonstance que la chambre désignée ne s'est trouvée que très occasionnellement saisie de plus d'une PPU en même temps. Relevons que le délai de trois mois peut s'avérer purement théorique lorsque la juridiction nationale à l'origine de la PPU est elle-même soumise à de brefs délais pour rendre sa décision, comme dans le cas de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel français. Dans ces cas de figure, la Cour s'est toujours efforcée de permettre à la juridiction de renvoi de respecter le délai de droit interne qui lui est imposé : *voy.*, C.J., *Jérémy F.*, *op. cit.* *Voy.*, aussi pour la procédure accélérée, C.J., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, *Rec.*, p. I-5667.

¹¹⁴ Du point de vue du droit matériel, la pratique montre que les PPU se répartissent en trois grandes catégories : celles portant sur le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants (*J.O. L 338*, p. 1), celles portant sur la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (*J.O. L 348*, p. 98), et celles afférentes à la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (*J.O. L 190*, p. 1).

et de justice, tandis que la seconde aurait uniquement été susceptible d'être activée dans les autres domaines du droit de l'Union. La délimitation du champ d'application des deux procédures est cependant plus complexe.

Premièrement, il importe de relever que, s'agissant de la PPU, celle-ci peut être enclenchée lorsqu'un renvoi préjudiciel soulève « une ou plusieurs questions » concernant les domaines du titre V de la troisième partie du TFUE¹¹⁵. Comme il est fréquent que les juridictions nationales en défèrent plusieurs, se pose la question de savoir si la Cour pourrait soumettre à la PPU un renvoi préjudiciel portant à la fois sur les matières relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice et sur d'autres normes/dispositions du droit de l'Union, n'en relevant pas. Hormis les cas d'interprétation des principes généraux du droit ou des dispositions de la Charte des droits fondamentaux s'intégrant aux demandes portant sur les actes de droit dérivé relevant du titre V de la troisième partie du TFUE¹¹⁶, cette situation ne s'est pas présentée jusqu'à ce jour. L'affaire *Melki et Abdeli*¹¹⁷ aurait pu en constituer la première occasion, puisque l'une des questions posée par la Cour de cassation française portait sur l'interprétation du code frontière Schengen¹¹⁸ tandis que l'autre était afférente aux restrictions portées par la question prioritaire de constitutionnalité sur l'obligation pour une juridiction de dernier ressort de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en vertu de l'article 267 TFUE. Toutefois, la Cour de cassation ayant sollicité de manière générale que son renvoi soit traité en urgence, cette demande a été interprétée comme visant l'enclenchement de la procédure accélérée. Toujours est-il que régler la question d'une demande de PPU « hybride » soulève plusieurs difficultés d'ordre pratique consistant à déterminer si le renvoi pourrait être scindé, ce qui signifierait que les questions ne relevant pas du champ de la PPU seraient alors traitées selon la voie de la procédure accélérée ou selon celle de la procédure ordinaire ou, au contraire, si le renvoi devrait être dévolu dans son entièreté à la chambre PPU. Cette seconde option paraît cependant la plus logique et pragmatique¹¹⁹.

¹¹⁵ Article 107, paragraphe 1, du nouveau règlement de procédure qui a repris l'article 104ter, paragraphe 1, de l'ancien règlement de procédure.

¹¹⁶ Voy. p. ex., C.J., 5 octobre 2010, *McB.*, C-400/10 PPU, *Rec.*, p. I-8965 (article 24 de la Charte ; droits de l'enfant), et C.J., 10 septembre 2013, *G. et R.*, C-383/13 PPU, non encore publié au *Rec.* (respect des droits de la défense).

¹¹⁷ C.J., *Melki et Abdeli*, *op. cit.*

¹¹⁸ Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes, *J.O.* L 105, p. 1.

¹¹⁹ Voy., en ce sens, A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, « La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : premier bilan et nouvelles questions », in L. WEITZEL (dir.), *L'Europe des droits fondamentaux, Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, Paris, Pedone, 2013, p. 221.

Deuxièmement, la pratique montre que le champ d'application de la procédure accélérée chevauche celui de la PPU. En effet, comme en témoignent les affaires *Kozłowski*¹²⁰, *Purrucker*¹²¹, *Achughbajian*¹²² et *Melki et Abdeli* précitée, la procédure accélérée a été enclenchée, alors que l'objet des questions préjudicielles relevait clairement du champ d'application de la PPU. Si, dans la première affaire citée, la demande de traitement PPU a été introduite quelques jours avant l'entrée en vigueur de la PPU, ce qui permettait encore de s'interroger sur l'application immédiate de cette procédure aux demandes introduites antérieurement à sa création¹²³, les affaires suivantes n'ont plus laissé place au moindre doute quant à la possible superposition des deux procédures.

Il n'est donc pas rare que, même lorsqu'un renvoi préjudiciel relève du champ de la PPU, les juridictions nationales sollicitent concomitamment l'application de la PPU et de la procédure accélérée, peut-être dans l'espoir d'accroître leurs chances de succès. Mais c'est précisément lorsqu'une demande de décision préjudicielle est susceptible de relever tant de la PPU que de la procédure accélérée que les conditions d'enclenchement de ces deux procédures dérogatoires ont soulevé plusieurs interrogations, du fait, notamment, qu'aucune disposition du règlement de procédure ne règle leurs rapports.

Sous l'égide du règlement de procédure en vigueur jusqu'en octobre 2012, l'enclenchement de la procédure accélérée pouvait exceptionnellement être décidée par le président de la Cour « lorsque les circonstances invoquées par la juridiction de renvoi établiss[ai]ent *l'urgence extraordinaire* à statuer sur la question posée à titre préjudiciel ». En présence d'un tel critère restrictif, peu s'étonneront que, durant la période 2004-2013, seules 12 des 86 demandes d'enclenchement de cette procédure aient été accordées¹²⁴, tandis que, en

¹²⁰ C.J., 17 juillet 2008, *Kozłowski*, C-66/08, *Rec.*, p. I-6041. Cette affaire concernait l'interprétation de la décision-cadre 2002/584/JAI (mandat d'arrêt européen), *op. cit.*

¹²¹ C.J., 9 novembre 2010, *Purrucker*, C-296/10, *Rec.*, p. I-11163, à propos de l'interprétation du règlement n° 2201/2003, précité.

¹²² C.J., 6 décembre 2011, *Achughbajian*, C-329/11, non encore publié au *Rec.* Cette affaire concernait l'interprétation de la directive 2008/115/CE précitée.

¹²³ Voy. pour des conceptions opposées sur la question de l'application dans le temps de la PPU, C. Naômé, *op. cit.*, note 110, p. 243, et A. TIZZANO et P. IANNUCELLI, *op. cit.*, note 119, p. 222.

¹²⁴ La plupart de ces affaires concerne la libre circulation des personnes dans des situations privatives de liberté, de risque d'expulsion ou de risque d'éloignement d'un enfant de l'un de ses parents : voy. notamment, C.J., 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, C-127/08, *Rec.*, p. I-6241, C.J., *Kozłowski*, *op. cit.*, C.J., *Purrucker*, *op. cit.*, C.J., 29 juin 2010, *E et F*, C-550/09, *Rec.*, p. I-6213, et C.J., 15 novembre 2011, *Dereci e.a.*, *op. cit.* Elle a également été déclenchée dans l'affaire *Pringle* (C.J., 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, non encore publié au *Rec.*) concernant notamment la validité de la décision 2011/199/UE du Conseil européen, du 25 mars 2011, modifiant l'article 136 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro (*J.O. L 91*, p. 1) soulevée par la Cour suprême d'Irlande. L'enclenchement de la procédure accélérée dans cette affaire a été motivé par la nécessité de lever les incertitudes sur la validité du traité instituant un mécanisme européen de stabilité (MES) et au

l'espace de six années de fonctionnement de la PPU, 18 des 30 demandes ont été octroyées.

Pourtant, et aussi paradoxal que cela puisse paraître, alors que le règlement de procédure prévoyait (et prévoit toujours) que la PPU est enclenchée lorsque la juridiction expose les circonstances de droit et de fait qui « *établissent l'urgence* » et justifient l'application de cette procédure dérogatoire¹²⁵ et, partant, semble poser, du moins à première vue, un critère moins exigeant que pour l'enclenchement d'une procédure accélérée, cette dernière a été activée alors même que la chambre désignée avait préalablement rejeté la demande de traitement par PPU dans l'affaire *Achughbabian*. À cet égard, il ressort de la motivation de l'ordonnance ayant fait droit au traitement par procédure accélérée que, en dépit du fait qu'il avait été mis fin à la rétention de M. Achughbabian dans l'affaire au principal, « certaines des personnes intéressées dans les affaires pendantes devant les juridictions françaises compétentes en la matière, autres que la juridiction de renvoi, sont, ainsi que le précise cette dernière, privées de leur liberté ou bien susceptibles de l'être et leur maintien ou leur mise en liberté dépend de la réponse à apporter à la question posée par la juridiction de renvoi »¹²⁶. Le recours à la procédure accélérée était donc « susceptible d'empêcher d'éventuelles privations de liberté illégales ou de réduire leur durée »¹²⁷. La détention d'individus autres que la personne en cause dans l'affaire au principal est donc susceptible de justifier le déclenchement de la procédure accélérée. Il faut admettre que reconnaître « l'urgence extraordinaire » à statuer sur une affaire en prenant en considération des situations pendantes devant des juridictions autres que la juridiction de renvoi paraît surprenant au vu de la pratique en la matière¹²⁸. S'il n'est certes pas à exclure que la divergence de vues entre la chambre PPU et le président de la Cour quant à l'existence d'une situation d'urgence demeure isolée, il aurait été opportun de clarifier le champ d'application de la procédure accélérée dans le contexte de la refonte du

regard des circonstances exceptionnelles liées à la crise financière : voy. C.J. (ord.), 4 octobre 2012, *Pringle*, C-370/12, non publiée au *Rec.*, points 6 à 8.

¹²⁵ Article 104ter de l'ancien règlement de procédure, devenu article 107, paragraphe 2, du nouveau règlement de procédure.

¹²⁶ C.J. (ord.), 30 septembre 2011, *Achughbabian*, C-329/11, non publiée au *Rec.*, point 10.

¹²⁷ *Ibid.*, point 11.

¹²⁸ Le président de la Cour a rejeté un grand nombre de demandes de procédures accélérées au motif que « le nombre, même important, de personnes ou de situations juridiques potentiellement concernées par une décision que la juridiction de renvoi devra rendre après avoir saisi la Cour à titre préjudiciel n'est pas susceptible, en tant que tel, de constituer une circonstance exceptionnelle de nature à justifier le recours à une procédure accélérée » (voy., p. ex., C.J. (ord.), 21 septembre 2006, *KÖGAZ e.a.*, C-283/06 et C-312/06, non publiée au *Rec.*, point 6, et C.J. (ord.), 10 janvier 2012, *Arslan*, C-534/11, non publiée au *Rec.*, point 12 (situation de rétention administrative)). *A fortiori*, ce principe devrait valoir pour des situations pendantes devant d'autres juridictions.

règlement de procédure, en précisant, par exemple, que celle-ci ne pouvait être activée que dans les domaines ne relevant pas de celui de la PPU.

Or, si l'article 104bis de l'ancien règlement de procédure a bien fait l'objet de plusieurs modifications (devant désormais l'article 105 du nouveau règlement de procédure), celles-ci n'ont ni touché, ni a fortiori restreint le champ d'application de la procédure accélérée. En revanche, de manière assez inattendue, c'est le seuil de déclenchement de la procédure accélérée qui a été abaissé, celle-ci pouvant être activée, y compris désormais d'office par le président de la Cour, « lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans des brefs délais ». Stigmatisé par certains comme étant « assez peu logique »¹²⁹, un tel amendement ne permet en tout cas pas de dissiper les difficultés liées à la superposition des deux procédures. Cette tâche relèvera donc d'une coordination interne au sein de la Cour. Par ailleurs, il est trop tôt pour dire si l'enclenchement de la procédure accélérée en sera, à long terme, facilité. N'en déplaise à certaines juridictions nationales qui ont cru pouvoir solliciter plus aisément l'enclenchement de la procédure accélérée en 2013, les premiers cas d'application de l'article 105, paragraphe 1, du règlement de procédure, qui ont tous aboutis au rejet des demandes, nous paraissent s'inscrire dans la lignée de l'interprétation restrictive qui prévalait sous l'empire de l'ancien règlement de procédure et du critère de « l'urgence extraordinaire ». Ce constat provisoire n'est finalement pas surprenant puisque la philosophie même de la procédure accélérée, qui consiste, en définitive, à compresser la procédure ordinaire dans des délais plus stricts en imposant des efforts à tous les acteurs et jouant au détriment du traitement des autres affaires¹³⁰, n'a pas été altérée. Peut-être est-il temps pour la Cour d'envisager la fusion de cette procédure avec la PPU, en en aménageant les modalités selon les circonstances, ainsi que certains auteurs l'ont suggéré ?¹³¹

¹²⁹ Voy. L. COUTRON, « Chronique – Droit du contentieux de l'Union européenne – juillet-décembre 2012 », *R.T.D. Eur.*, 2013, p. 300.

¹³⁰ Voy. V. SKOURIS, *op. cit.*, note 110, p. 66.

¹³¹ Voy. la proposition de C. NAÔMÉ, *op. cit.*, note 110, p. 247 relayée par L. Coutron, *op. cit.*, note 110, p. 401 et L. CLÉMENT-WILTZ, *op. cit.*, note 13, pp. 165-166. À notre sens, cette fusion pourrait conduire à désigner annuellement au sein de la Cour une chambre de l'urgence, statuant sur toutes les demandes PPU et de procédure accélérée. Cette concentration aurait vraisemblablement le mérite d'éviter, en pratique, les écueils de la superposition du champ d'application des deux procédures.

Conclusion

Ce tour d'horizon de quelques thématiques permet de constater que, malgré le temps et l'expérience accumulée, la jurisprudence de la Cour fourmille encore d'exemples multiples affectant le traitement uniforme des renvois préjudiciels, touchant aux fondements mêmes de la compétence de cette juridiction ainsi qu'à la cohérence de l'articulation des procédures d'urgence. Le temps nous paraît être venu que la Cour apporte les clarifications nécessaires, et souhaitées par bon nombre d'observateurs, à ces pans essentiels de sa fonction à titre préjudiciel. Sans emporter un bouleversement de sa jurisprudence ou de ses pratiques actuelles, ces nouvelles orientations permettront d'assurer aux juridictions nationales une meilleure compréhension du mécanisme de coopération juridictionnelle prévu par l'article 267 TFUE, tel qu'il est perçu de Luxembourg.

CHAPITRE 3. 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

Caesar dominus et supra grammaticam

Didier BLANC¹

Introduction

La procédure du recours en manquement permet en substance au juge de l'Union de constater que les États membres ne respectent pas les obligations découlant des traités et le cas échéant de les sanctionner financièrement. Ce mécanisme a puissamment contribué à l'« émergence d'un pouvoir judiciaire européen », à la fois en raison « de la cohésion structurelle entre la Cour de justice et l'exécutif communautaire »² qu'il induit et parce qu'il représente une voie contentieuse originale³, donnant lieu au surplus à une activité juridictionnelle importante⁴. Toute étude portant sur le recours en manquement et sur la politique jurisprudentielle générée se doit de prendre en compte cette relation entre la Cour de justice (ci-après la « Cour ») et la Commission européenne

¹ L'auteur est Maître de conférences à l'Université de Perpignan Via Domitia, CDED-CERTAP EA 4213. Il peut être contacté à l'adresse didier-blanc@univ-perp.fr.

² P. PESCATORE, *Le droit à l'intégration, Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 78.

³ Le respect de l'application du droit de l'Union passe également par des voies non contentieuses telles que SOLVIT et EU Pilot. Voy. C. SOULARD, A. RIGAUX et R. MUNOZ, (D. SIMON, dir.), *Contentieux de l'Union européenne/3*, Paris, Lamy, 2011, pp. 349 à 366 ; F. CHALTEL, « Le système Pilot et l'Union européenne », *Petites Affiches*, 25 septembre 2013, n° 192, pp. 4 et s.

⁴ En vertu du traité CEE, le premier arrêt a été rendu en 1961 : C.J., 19 décembre 1961, *Commission/Italie*, 7/61, *Rec.*, p. 635. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Paris (CECA) en 1952, 3680 recours ont été introduits au 1^{er} janvier 2013 (C.J., *Rapport général*, 2012, p. 120).

(ci-après la « Commission »), « gardienne des traités »⁵ et qui en cette qualité se trouve à l'origine de la quasi-totalité des affaires soumises à la Cour⁶. Il ne s'agit pas comme pour d'autres recours directs de s'attacher essentiellement à sa production, dès lors que les rapports institutionnels exercent nécessairement une influence sur la procédure du recours, et ce d'autant plus que la Commission participe à l'élaboration de la législation européenne dont elle entend assurer le respect. De plus, les sujets du recours en manquement sont exclusivement les États membres, dont le statut n'est pas celui d'un justiciable ordinaire. Cet élément pèse également dans l'appréciation d'un contentieux à la spécificité tôt soulignée par la Cour au sujet de la CECA⁷. L'ensemble de ces éléments confère indéniablement à la procédure du recours en manquement une dimension politique et diplomatique⁸, illustrée en particulier par l'existence d'une longue phase précontentieuse accordant à la Commission un important pouvoir d'appréciation. Aussi s'agit-il « d'une procédure originale, importante et revêtant un caractère grave »⁹ ; l'appréciation n'a en rien perdu de son acuité, elle se trouve même confortée par les modifications introduites par le traité de Lisbonne¹⁰.

Cette contribution se propose d'étudier les procédures du recours en manquement de droit commun fondées sur les articles 258, 260, § 2 et 260, § 3

- 5 En ce sens, J.-V. LOUIS, « Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, F. CAPOTORTI *et al.*, (dir.), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 387 et s. Pour une approche plus récente de la question, voy. M. FRASSONI, « Is the Commission still the guardian of the treaties ? », *R.A.E.*, 2009-2010/1, pp. 45 et s.
- 6 Depuis 1957 seulement six recours ont été introduits par un État membre et quatre se sont conclus par un arrêt. Dernièrement la Cour a tranché le conflit opposant la Hongrie à la Slovaquie s'agissant de l'interdiction faite au chef de l'État hongrois de pénétrer sur le territoire slovaque. En l'espèce la Cour n'a pas jugé contraire cette mesure en raison du statut particulier du chef d'un État en vertu duquel il ne peut être assimilé à un citoyen ordinaire de l'Union et bénéficiaire de l'ensemble des droits attachés à cette qualité. C.J., 16 octobre 2012, Hongrie/Slovaquie, aff. C-364/10, non encore publié. Voy. : D. SIMON, *Europe*, 2012, n° 12, comm. 474, pp. 13-14. Le conseil des gouverneurs de la Banque centrale dispose au titre de l'article 271, sous d), TFUE de pouvoirs comparables à la Commission s'agissant du respect par les banques centrales nationales des obligations résultant des traités et des statuts du Système européen de banques centrales (SEBC). Un même dispositif s'applique à la Banque européenne d'investissement selon l'article 271, sous a), TFUE.
- 7 La Cour considère à propos de l'article 88 CECA, mettant en œuvre une procédure en manquement pouvant déboucher sur des sanctions édictées par la Haute-Autorité qu'il « ouvre des voies d'exécution et constitue l'ultima ratio permettant de faire prévaloir les intérêts communautaires consacrés par le traité contre l'inertie et contre la résistance des États membres ; qu'il s'agit là d'une procédure dépassant de loin les règles jusqu'à présent admises en droit international classique pour assurer l'exécution des obligations des États » (C.J., 13 juillet 1960, *Haute Autorité/Italie*, 20/59, *Rec.*, p. 692).
- 8 Pour une illustration récente : D. SIMON, « Les sanctions en cas de violation patente du droit de l'Union : le retour du refoulé ou l'irréductible diplomatique ? », *Europe*, 2010, n° 11, pp. 2-3.
- 9 G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 97.
- 10 Lesquelles s'appliquent au traité Euratom en vertu de l'article 3 du protocole modifiant le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique insérant un article 106bis, § 1, CEEA.

TFUE¹¹. C'est-à-dire que seront abordés non seulement les aspects contentieux relatifs au recours en manquement à proprement parler, mais également les éléments relevant de la phase précontentieuse, et ce sur une période récente ; son point de départ peut être fixé au moment de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Dans la période précédente, la jurisprudence de la Cour s'est orientée dans diverses directions qu'elle continue de suivre avec constance tout en apportant le cas échéant quelques précisions. D'abord, dans un sens défavorable aux États gravement défaillants en inaugurant le cumul de sanctions financières débouchant sur une double condamnation au paiement d'une somme forfaitaire et d'une astreinte¹². Cette sévérité dictée par « la nature structurelle et chronique » du manquement¹³ renvoie à l'idée qu'à un double manquement peut correspondre une double condamnation. Ensuite, la Cour a prêté attention aux moyens de défense invoqués par les États membres afin d'inciter la Commission à être plus rigoureuse dans la preuve du manquement¹⁴ et plus

¹¹ Les recours engagés au titre de l'article 108 TFUE relatif aux aides d'État forment un cadre dérogatoire à la procédure du recours en manquement et ne relèvent pas du champ de l'étude. Précisons que la non-exécution d'un arrêt en manquement pour aides d'État ouvre la voie à l'application de l'article 260, § 2, TFUE (C.J., Gde ch., 7 juillet 2009, *Commission/Grèce*, C-369/07, *Rec.*, p. I-5703). Pour une présentation exhaustive des recours en manquement particuliers, voy. C. SOULARD, A. RIGAUX et R. MUNOZ, (D. SIMON dir.), *Contentieux de l'Union européenne/3*, op. cit., pp. 122 à 126.

¹² Bien que le traité prévoit que la Cour peut infliger « le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte », elle n'en déduit pas un caractère alternatif mais au contraire souligne leur caractère complémentaire : « Si l'imposition d'une astreinte semble particulièrement adaptée pour inciter un État membre à mettre fin, dans les plus brefs délais, à un manquement qui, en l'absence d'une telle mesure, aurait tendance à persister, l'imposition d'une somme forfaitaire repose davantage sur l'appréciation des conséquences du défaut d'exécution des obligations de l'État membre concerné sur les intérêts privés et publics, notamment lorsque le manquement a persisté pendant une longue période depuis l'arrêt qui l'a initialement constaté. Dans ces conditions il n'est pas exclu de recourir aux deux types de sanctions prévues à l'article 228, paragraphe 2, CE notamment lorsque le manquement, à la fois, a perduré une longue période et tend à persister » (C.J., Gde ch., 12 juillet 2005, *Commission/France*, C-304/02, *Rec.*, p. I-6345). Voy. A. RIGAUX, « Manquement sur manquement : la France expérimente le cumul de sanctions pécuniaires », *Europe*, 2005, n° 10, pp. 9 et s. ; L. CLÉMENT-WILZ, « Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son Avocat général », *C.D.E.*, 2005/5-6, pp. 725 et s. Jurisprudence itérative : C.J., 31 mars 2011, *Commission/Grèce*, C-407/99, *Rec.*, p. I-2467, et C.J., 17 novembre 2011, *Commission/Italie*, C-496/09, *Rec.*, p. I-11483. Voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2012, n° 1, comm. 8, pp. 19-20.

¹³ Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed présentées le 29 avril 2004, dans l'affaire *Commission/France*, C-304/02, *Rec.*, pp. 6288-6289, point 66. L'appréciation renvoie à l'expression de « manquement général et persistant ». Voy. P. WENNERÁS, « A New Dawn for Commission Enforcement under Articles 226 and 228 EC : General and persistent (gap) infringements, lump sums and penalty payments », *C.M.L.Rev.*, 2006/1, pp. 31 et s.

¹⁴ P. ex., C.J., 6 octobre 2009, *Commission/Espagne*, C-562/07, *Rec.*, p. I-9553. Sur cet arrêt, voy. M. MEISTER, *Europe*, 2009, n° 12, comm. 449, pp. 18-19 ; C.J., 29 octobre 2009, *Commission/Pologne*, C-551/08, *Rec.*, p. I-176, et C.J., 20 mai 2010, *Commission/Espagne*, C-308/08, *Rec.*, p. I-4281. Sur ce dernier arrêt, voy. A. BOUVERESE, *Europe*, 2010, n° 7, comm. 252, p. 31 ; C.J., 22 novembre 2012, *Commission/Allemagne*, C-600/10, non encore publié au *Rec.* Sur cet arrêt, voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2013, n° 1, comm. 12, pp. 23-24.

attentive au respect des droits de la défense¹⁵. Enfin, il ait donné corps à la notion de « manquement judiciaire »¹⁶ (ou plutôt juridictionnel) qu'il procède d'un arrêt en manquement¹⁷ au terme duquel est condamné « de manière indirecte un manquement imputable à une juridiction nationale »¹⁸ ou qu'il découle d'une action mettant en cause la responsabilité d'un État membre « lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort »¹⁹, cette violation pouvant à son tour motiver l'introduction d'un recours en manquement²⁰. De son côté, au milieu des années 2000, la Commission s'est désistée dans un très grand nombre de procédures (environ un tiers) au point de faire craindre une « profanation du recours en manquement »²¹.

En premier lieu, ce choix de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne comme repère chronologique s'impose naturellement²² dans la mesure où depuis le traité de Maastricht aucune modification conventionnelle n'avait affecté le

¹⁵ C.J., 3 décembre 2009, *Commission/Allemagne*, C-424/07, *Rec.*, p. I-11431, C.J., 15 juin 2010, *Commission/Espagne*, C-211/08, *Rec.*, p. I-5267, et C.J., 24 mars 2011, *Commission/Slovenie*, C-365/10, *Rec.*, p. I-40. Pour un rejet du recours en manquement pour violation des droits de la défense, voy. C.J., 25 avril 2013, *Commission/Suède*, C-480/10, non encore publié au *Rec.* Sur cet arrêt, voy. F. GAZIN, *Europe*, 2013, n° 6, p. 15.

¹⁶ Sur cette notion, voy. A. BERRAMDANE, « Le manquement judiciaire dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *La Constitution, L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, C. BOUTAYEB (dir.), Paris, Publications de la Sorbonne, 2013, pp. 417 et s.

¹⁷ C.J., Ass. plénière, 9 décembre 2003, *Commission/Italie*, C-129/00, *Rec.*, p. I-14672. Voy. : L. S. ROSSI et G. DI FEDERICO, « Case C-129/00, *Commission v. Repubblica Italiana*, judgment of 9 December 2003, Full Court », *C.M.L.Rev.*, 2005/3, pp. 829 et s. ; Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Première consécration expresse du principe de la responsabilité de l'État membre pour les jurisprudences de ses cours suprêmes dans le cadre de l'article 226 CE », *R.T.D.Eur.*, 2004/1, pp. 200 et s. Dès 1970 la Cour avait pu affirmer « que les obligations découlant du traité incombent aux États en tant que tels et que la responsabilité d'un État membre au regard de l'article 169 est engagée, quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante » (C.J., 18 novembre 1970, *Commission/Italie*, 8/70, *Rec.*, p. 967, point 9).

¹⁸ C. SOULARD *et alii*, *op. cit.*, p. 173.

¹⁹ C.J., Ass. plénière, 30 septembre 2003, *Köbler*, C-224/01, *Rec.*, p. I-10310, point 50. Voy. C.D. CLASSEN, « Case C-224/01, *Gerhard Köbler v. Republik Österreich* », *C.M.L.Rev.*, 2004/3, pp. 813 et s. ; R. MEHDI, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger. Le droit à la mesure de l'Homme*, Paris, Pedone, 2006, pp. 225 et s. ; D. SIMON, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême. (À propos de l'arrêt Köbler, C.J., 30 septembre 2003, aff. C-224/01) », *Europe*, 2003, n° 11, pp. 3 et s. Jurisprudence confirmée : C.J., Gde ch., 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, *Rec.*, p. I-5204. Sur cet arrêt, voy. M. RUFFERT, « Case C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation v. Italian Republic* », *C.M.L.Rev.*, 2007/2, pp. 479 et s. ; D. SIMON, « Consolidation de la responsabilité des États membres du fait des violations imputables aux juridictions nationales », *Europe*, 2006, n° 8/9, comm. n° 232, p. 9.

²⁰ C.J., 24 novembre 2011, *Commission/Italie*, C-379/10, *Rec.*, p. I-180. Sur cet arrêt, voy. D. SIMON, *Europe*, 2012, n° 1, comm. n° 6, p. 15.

²¹ V.-A. HOUPEMANS et P. PECHO, « L'inflation des désistements et le pouvoir de la Commission européenne dans le cadre de l'article 226 CE », *R.T.D.Eur.*, 2006/2, p. 296.

²² Sans compter que le domaine du recours en manquement fondé sur l'article 258 TFUE est étendu au sens de l'article 10 du Protocole 36 relatif aux dispositions transitoires du traité de Lisbonne aux « actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée

recours. La révision des traités opérée à cette occasion assortit la procédure dite du recours en « manquement sur manquement » de sanctions financières destinées à renforcer la portée de l'arrêt en manquement, laquelle demeure déclaratoire²³. Jusqu'alors, la Commission engageait un nouveau recours motivé par l'inexécution de l'arrêt constatant le manquement, ce qui avait pour seul effet « de déplacer le problème »²⁴, puisque la Cour rendait à nouveau un arrêt se bornant à constater le manquement. Si l'introduction de sanctions financières à l'encontre des États membres n'est pas totalement nouvelle dans le système communautaire, elles relèvent *in fine* du juge²⁵, si bien que les traits originaux d'une voie contentieuse à nulle autre pareille en sortent renforcés²⁶.

Les auteurs du traité de Lisbonne, partageant les préoccupations exprimées en 1992 et s'inscrivant en cela dans la continuité du traité-constitutionnel²⁷, ont manifesté la volonté d'accroître la portée du recours en manquement dans deux directions. D'une part en allégeant la procédure de manquement intervenant après un premier arrêt constatant le manquement par la suppression de l'avis motivé lors de la phase précontentieuse. Jusqu'au traité de Lisbonne, la Commission devait suivre le même parcours préalable pour introduire un second recours visant à infliger une sanction financière à l'État défaillant. Désormais, la Commission « peut saisir la Cour, après avoir mis en mesure cet État de présenter ses observations »²⁸, de sorte que le délai séparant le premier arrêt en manquement du second sera nécessairement plus court et corrélativement la durée de l'atteinte au droit de l'Union. Il s'ensuit que le caractère juridictionnel de la procédure est renforcé. Plus que jamais, la procédure

en vigueur du traité de Lisbonne [...] cinq ans après la date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ». Soit au 1^{er} décembre 2014.

²³ La Cour considère itérativement : « cette constatation des limites de la compétence de la Cour peut encore être étayée par un argument tiré des traités de Rome, notamment des articles 171 du traité C.E.E. et 143 du traité C.E.E.A, qui n'attribuent qu'un effet déclaratoire aux décisions de la Cour en cas de manquement aux traités, tout en obligeant les États à prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt » (C.J., 16 décembre 1960, *Humblet/État belge*, 6/60, *Rec.*, pp. 1145-1146.) Voy. D. DE BELLESCIZE, « L'article 169 du traité de Rome et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des États membres », *R.T.D.Eur.*, 1977/2, p. 199.

²⁴ F. A. SCHOCKWEILER, « L'exécution des arrêts de la Cour », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, *op. cit.*, p. 627.

²⁵ L'article 88 CEEA permettait à la Haute-Autorité sur avis conforme du Conseil statuant à la majorité des deux tiers de prendre plusieurs mesures ayant des incidences financières pour les États. Cette procédure n'a jamais été appliquée.

²⁶ B. MASSON relève justement : « Aucun mécanisme similaire n'existe dans le système juridique international ou régional » (« L'obscurité clarté de l'article 228, § 2 CE », *R.T.D.Eur.*, 2004/4, p. 641). Sur l'introduction de ce dispositif à l'initiative du Royaume-Uni, voy. J. DIEZ-HOCHLEITNER, « Le Traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres », *R.M.U.E.*, 1994/2, pp. 111 et s. ; I. KILBEY, « Financial penalties under Article 228 (2) EC : Excessive complexity ? », *C.M.L.Rev.*, 2007/3, pp. 743 et s.

²⁷ Article III-267.

²⁸ Article 260 TFUE.

prévue par l'article 260, § 2, TFUE se rapproche « d'une procédure judiciaire spéciale d'exécution d'arrêts »²⁹.

D'autre part, bien que « cette innovation soit passée relativement inaperçue »³⁰, l'article 260, § 3, TFUE, de manière plus radicale, ouvre la voie aux mêmes sanctions financières (paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte) à l'issue du premier arrêt dans l'hypothèse où « l'État membre concerné a manqué à son obligation de communiquer les mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative ». Cette possibilité est ouverte sans qu'il soit nécessaire d'attendre un nouvel arrêt constatant la permanence du manquement, dès la première constatation du manquement. Comme précédemment, il appartient à la Commission d'indiquer le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte. Sans forcer l'exégèse, le maintien de la conjonction de coordination « ou » signifie que les rédacteurs du traité ont entendu ni confirmer l'interprétation de la Cour en faveur d'un cumul des sanctions (somme forfaitaire *et* astreinte) issue de l'arrêt du 12 juillet 2005, ni l'infirmer puisqu'aucune précision n'a été apportée quant à l'impossibilité d'un cumul.

En second lieu, au tournant des années 2010, hors de toute révision conventionnelle, la jurisprudence a été marquée par quelques innovations qu'il convient de traiter. En revanche les apports procéduraux avérés³¹ ou ceux plus équivoques touchant à l'effet dans le temps des arrêts en manquement ne seront pas abordés³². Au demeurant il ne s'agit pas d'examiner ici les

²⁹ Conclusions de l'avocat général M. L. A. Geelhoed, présentées le 28 septembre 1999 dans l'affaire C-387/97 *Commission/Grèce*, *Rec.*, p. I-5068, point 42. Formule reprise itérativement par la Cour : C.J., 12 juillet 2005, *Commission/France*, C-304/02, *Rec.*, p. I-6263, point 92. Sur la nature de la procédure : M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH., « Double manquement et sanctions financières des États (article 228, § 2 CE) : le point après quinze ans », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2008/3, spéc. pp. 336 à 339.

³⁰ S. VAN DER JEUGHT, « L'action en manquement "renforcée" : sanctions pécuniaires en cas de non-transposition des directives européennes », *J.D.E.*, 2011, p. 68.

³¹ Sur le plan procédural, pour la première fois la procédure accélérée a été appliquée à un recours en manquement sur la base de l'article 23bis du statut de la Cour de justice relayé par l'article 62bis du règlement de procédure (C.J., 6 novembre 2012, *Commission/Hongrie*, C-286/12, non encore publié au *Rec.*). Dans son ordonnance le Président de la Cour de justice s'appuie sur l'existence d'un calendrier d'application rigoureux et sur les effets irréversibles de la législation contestée quant à la situation juridique des personnes concernées. (C.J., ord. 13 juillet 2012, non encore publiée au *Rec.*, points 10 et 15).

³² Le principe est celui d'un effet *ex tunc* des arrêts en manquement. La question de la limitation dans le temps des effets des arrêts en manquement a fait l'objet d'incertitudes, car elle n'a jamais reçu d'application positive ; l'interrogation centrale repose sur la possibilité de transposer ou non le raisonnement jurisprudentiel développé en matière d'arrêts préjudiciels dont l'effet rétroactif peut être modulé dans le temps. La position traditionnelle de la Cour n'écartait pas formellement la possibilité de limiter l'effet *ex tunc* : « Il convient de rappeler que, à supposer même que les arrêts rendus au titre de l'article 226 CE [258 TFUE] aient les mêmes effets que ceux rendus au titre de l'article 234 CE [267 TFUE], des considérations de sécurité juridique peuvent rendre nécessaire la limitation de leurs effets dans le temps dès lors que sont remplies les conditions établies par la jurisprudence de la Cour dans le cadre de l'article 234 CE [267 TFUE] » (C.J., 19 mars 2009, *Commission/Finlande*, C-10/08, *Rec.*, p. I-39, point 57). Il semblerait désormais que cette possibilité demeure plus clairement envisagée, la Cour prenant le soin de préciser que ses conditions de mise en œuvre « n'apparaissent

éléments de continuité qu'ils touchent : l'étendue du pouvoir d'appréciation de la Commission³³ ; les moyens de défense récurrents invoqués par les États membres et rejetés de manière presque aussi récurrente³⁴, en particulier quand il s'agit de l'évocation de la force majeure³⁵ ; l'orientation sur le terrain procédural de ces mêmes moyens de défense pour une issue souvent plus favorable à l'État poursuivi³⁶ ; la mise en avant de l'exception d'illégalité³⁷, dont le domaine a été étendu par le traité de Lisbonne³⁸. Ne sera pas davantage analysée la volonté ancienne de la Commission de s'appuyer sur le recours en manquement pour étendre le domaine du marché intérieur à des secteurs échappant traditionnellement à sa sphère, à nouveau illustrée depuis la fin des années 2000, en matière de santé publique³⁹, de transport ferroviaire⁴⁰, ou encore d'accès à la profession de notaire⁴¹. De même certains épisodes étonnants de la période tels

toutefois pas remplies en l'espèce », ce qui laisse ouvert la voie d'une modulation dans le temps des effets de l'arrêt (C.J., 25 octobre 2012, *Commission/Belgique*, C-387/11, non encore publié au *Rec.*, point 90).

³³ C.J., ord. 1^{er} mars 2012, *Smanor/Commission et Médiateur*, C-474/11 P, non encore publié au *Rec.* Sur cet arrêt, voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2012, n° 5, comm. 184, pp. 20-21.

³⁴ C.J., 23 décembre 2009, *Commission/Irlande*, C-455/08, *Rec.*, p. I-225. Sur cet arrêt, voy. M. MEISTER, *Europe*, 2010, n° 2, comm. 74, p. 24 ; C.J., 17 décembre 2009, *Commission/Grèce*, C-248/08, *Rec.*, p. I-221. Sur cet arrêt, voy. A. BOUVERESE, *Europe*, 2010, comm. 86, pp. 33-34 ; C.J., 18 novembre 2010, *Commission/Espagne*, C-48/10, *Rec.*, p. I-151. Sur cet arrêt, voy. M. MEISTER, *Europe*, 2011, n° 1, comm. 7, p. 17 ; C.J., 19 avril 2012, *Commission/Pays-Bas*, C-141/10, non encore publié au *Rec.*, et C.J., 26 avril 2012, *Commission/Pays-Bas*, C-508/10, non encore publié au *Rec.* Sur ce dernier arrêt, voy. : A. RIGAUX, *Europe*, 2012, n° 6, comm. 235, pp. 11-12.

³⁵ C.J., 8 juillet 2010, *Commission/Italie*, C-334/08, *Rec.*, p. I-6869. Sur cet arrêt, voy. V. MICHEL, *Europe*, 2010, n° 10, comm. 301, p. 14.

³⁶ C.J., 7 février 2013, *Commission/Belgique*, C-122/11, non encore publié au *Rec.* Sur cet arrêt, voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2013, n° 4, pp. 17-18.

³⁷ C.J., 18 octobre 2012, *Commission/République tchèque*, C-37/11, non encore publié au *Rec.* Sur cet arrêt, voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2012, n° 12, comm. 477, pp. 16-17.

³⁸ Aux termes de l'article 277 TFUE elle peut être soulevée à l'encontre d'un « acte de portée générale » et plus seulement d'un règlement.

³⁹ Notamment : C.J., 15 juin 2010, *Commission/Espagne*, C-211/08, *Rec.*, I-5267. Sur cet arrêt, voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2010, n° 7/8, comm. 273, pp. 19-20 ; C.J., 5 octobre 2010, *Commission/France*, C-512/08, *Rec.*, I-8833, C.J., 27 janvier 2011, *Commission/Luxembourg*, C-490/09, *Rec.*, I-247, C.J., 5 mai 2011, *Commission/Allemagne*, C-206/10, *Rec.*, p. I-3573, C.J., 27 octobre 2011, *Commission/Portugal*, C-255/09, *Rec.*, p. I-10547, et C.J., 19 juillet 2012, *Commission/France*, C-145/11, non encore publié au *Rec.*

⁴⁰ Voy. notamment C.J., 25 octobre 2012, *Commission/Portugal*, C-557/10, non encore publié au *Rec.*, C.J., 18 avril 2013, *Commission/France*, C-625/10, non encore publié au *Rec.*, C.J., 3 octobre 2013, *Commission/Italie*, C-369/11, non encore publié au *Rec.* Voy. S. de LA ROSA et C. RAPOPORT, « La bataille du rail a commencé. Premières décisions de la Cour de justice sur la mise en œuvre des directives ferroviaires », *Europe*, 2013, n° 7, pp. 6 et s. Adde C.J., 30 mai 2013, *Commission/Pologne*, C-512/10, non encore publié au *Rec.* Sur cet arrêt, voy. M. MEISTER, *Europe*, 2013, comm. 311, p. 38 ; C.J., 11 juillet 2013, *Commission/Luxembourg*, C-412/11, non encore publié au *Rec.* Sur cet arrêt, voy. J. DUPONT-LASSALLE, *Europe*, 2013, n° 10, pp. 30-31.

⁴¹ Par sept arrêts du 24 mai 2011, la Cour a constaté le manquement de législations nationales fixant une condition de nationalité à l'accès à la profession de notaires (*Commission/Belgique*, C-47/08, *Rec.*, p. I-4105, *Commission/France*, C-50/08, *Rec.*, p. I-4195, *Commission/Luxembourg*, C-51/08, *Rec.*, p. I-4231, *Commission/Portugal*, C-52/08, *Rec.*, p. I-4275, *Commission/Autriche*, C-53/08, *Rec.*, p. I-4309, *Commission/Allemagne*, C-54/08, *Rec.*, p. I-4355, et *Commission/Grèce*, C-61/08, *Rec.*, p. I-4399).

que les nombreuses radiations de recours en manquement échappent à l'étude dans la mesure où par définition elles ne donnent pas lieu directement à jurisprudence⁴².

En revanche, la séquence étudiée vise à mettre en lumière la façon dont la Cour se saisit de la révision conventionnelle, dont l'orientation générale est commandée par le souci d'une efficacité plus grande de la procédure en manquement⁴³ – ambition désormais aussi présente en matière de stabilité budgétaire⁴⁴. Cette tendance passe par une juridictionnalisation accrue des procédures dont le point culminant se situe dans l'éventail élargi de recours pouvant être clos par des sanctions financières au terme de processus écourtés. La détermination de ces sanctions relève en dernière analyse de la Cour dont le rôle illustre l'objectif d'une juridictionnalisation des procédures en manquement (I). Cette intention des auteurs du traité est en particulier manifeste quand ils décident de réduire la phase précontentieuse de la procédure prévue à l'article 260, § 2 TFUE. Ses effets sont toutefois contrariés par les prolongements inédits dont il fait l'objet sous la forme de l'introduction d'un recours en annulation devant le Tribunal⁴⁵. Certes, l'immixtion du Tribunal dans des affaires intéressant un manquement n'est pas nouvelle⁴⁶, mais elle

⁴² Voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2011, n° 3, comm. 99, pp. 14-15.

⁴³ Voy. K. LENAERTS, « La systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Georges Vandensanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 273-274.

⁴⁴ Si l'article 126, § 10, TFUE retient que les articles 258 et 259 TFUE ne s'appliquent pas en matière de déficits publics excessifs, le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'UEM du 2 mars 2012 prévoit en son article 8 qu'un État partie au traité peut saisir la Cour pour « demander que des sanctions financières soient infligées selon les critères établis par la Commission européenne dans le cadre de l'article 260 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Toutefois, à la différence de cet article, la Commission n'est pas habilitée à saisir la Cour de sorte que la décision du juge demeure largement conditionnée par des considérations politiques.

⁴⁵ Trib., 29 mars 2011, *Portugal/Commission*, T-33/09, *Rec.*, p. II-1429, et Trib., 19 octobre 2011, *France/Commission*, T-139/06, *Rec.*, p. II-731, Voy. L. COUTRON, « L'intervention du Tribunal dans le contentieux du manquement : un numéro d'équilibriste », *R.T.D.Eur.*, 2012/1, pp. 185 et s.

⁴⁶ Le Tribunal a déjà été saisi en relation avec la procédure en manquement dans le cadre du contentieux de la responsabilité non contractuelle de la Communauté. À ce sujet, il a décidé que « si des appréciations formulées dans un avis motivé vont au-delà de la détermination de l'existence d'un manquement d'un État membre ou si d'autres agissements de la Commission à l'occasion d'une procédure en manquement excèdent les compétences qui lui sont conférées, par exemple la divulgation fautive de secrets d'affaires ou d'informations portant atteinte à la réputation d'une personne, ces appréciations ou agissements peuvent être constitutifs d'une violation de nature à engager la responsabilité de la Communauté ». Trib., 18 décembre 2009, *Arizmendi e. a./Conseil de et Commission*, aff. jointes. T-440/03, T-121/04, T-171/04, T-208/04, T-365/04 et T-484/04, *Rec.*, P. II-4883, point 78. Par ailleurs, le contentieux de la légalité d'un refus de communication à des particuliers de documents de la Commission relatifs à la phase précontentieuse a donné au Tribunal l'occasion de se prononcer sur des affaires en relation avec la procédure en manquement. Trib., 9 septembre 2011, *Liga para Protecção da Natureza (LPN)/Commission*, T-29/08, *Rec.*, p. II-6021. Voy. A. SIMON, *Europe*, 2011, n° 11, comm. 379, pp. 7-8. Un pourvoi (aff. C-514/11 P) a été engagé. En revanche, une fois que la procédure est close, un État membre ne peut s'opposer à la diffusion de document en relation avec celle-ci (Trib., 14 février

est susceptible de réduire la portée du traité de Lisbonne puisque la suppression de l'avis motivé opéré par l'article 260, § 2 TFUE est contemporaine de l'introduction d'un recours visant à l'annulation de la décision d'astreinte de la Commission, donnant à cette action l'allure d'une addition. En d'autres termes, la phase précontentieuse allégée de l'article 260, § 2 TFUE est désormais suivie d'une « phase “post-contentieuse” »⁴⁷. Cette ouverture d'un contentieux prolongeant le recours du « manquement sur manquement » devant le Tribunal nous éclaire pour la première fois sur le rôle de la Commission dans l'exécution des arrêts qui en résultent (II).

I. – La détermination de sanctions financières au terme de processus écourtés devant la Cour de justice : la juridictionnalisation des procédures en manquement

Plusieurs années se sont écoulées avant que la Cour ne se saisisse de la possibilité introduite par le traité de Maastricht d'assortir ses jugements de sanctions financières⁴⁸. Depuis le milieu des années 2000, le nombre d'affaires liées à la procédure de « manquement sur manquement » progresse régulièrement⁴⁹, au point de tracer les contours d'une jurisprudence abordant principalement deux aspects contentieux. D'une part, la réduction de la durée de la phase précontentieuse par l'article 260, § 2, TFUE entraîne la fixation d'un nouveau point de référence pour apprécier la persistance du manquement par un État déjà déclaré défaillant (A). D'autre part, la détermination du montant des sanctions financières en vertu de ce même article 260, § 2, TFUE est librement appréciée par la Cour (B). Cette tendance à une juridictionnalisation marquée de la procédure du recours en manquement est accentuée par l'article 260, § 3, TFUE, puisqu'il permet à la Cour sur proposition de la Commission d'infliger des sanctions financières à un État membre dès le premier arrêt pour manquement à l'obligation de communication des mesures de transposition de

2012, *Allemagne/Commission*, T-59/09, non encore publié au *Rec.*). Devant le Tribunal le recours en annulation dirigé contre le refus de la Commission d'engager une procédure en manquement est toujours irrecevable (Trib., ord., 16 avril 2012, *Diddelég e. a. I/Commission*, T-341/10, non encore publié au *Rec.* Sur cet arrêt, voy. M. MEISTER, *Europe*, 2012, n°6, comm. 236, p. 12).

⁴⁷ A. RIGAUX, *Europe*, 2011, n° 12, comm. 447, p. 18.

⁴⁸ Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, le dispositif devenu celui de l'article 228 CE (260 TFUE) a donné lieu à une première application par C.J., 4 juillet 2000, *Commission/Grèce*, C-387/97, *Rec.*, p. I-5047, et à une deuxième par C.J., 25 novembre 2003, *Commission/Espagne*, C-278/01, *Rec.*, p. I-14141.

⁴⁹ Au 1^{er} novembre 2013, vingt et un arrêts ont été rendus au titre de l'article 260, § 2 TFUE (voy. annexe).

directives. Mais dans ce cas de figure, leur détermination maximale relève de la Commission, le juge ne peut s'en affranchir (C).

A. *La détermination par la Cour de justice de la date de référence clôturant une phase précontentieuse raccourcie*

L'article 260, § 2 TFUE amende une procédure initialement calquée sur celle applicable suivant l'ancien article 226 CE (258 TFUE) : lorsque la Commission estime qu'un État dont le manquement a été constaté préalablement par un arrêt de la Cour ne s'est pas conformé aux mesures permettant son exécution, elle entame une procédure précontentieuse formée d'abord d'une mise en demeure adressée à l'État membre lui permettant dans un certain délai de présenter ses observations et ensuite de l'émission d'un avis motivé ; elle dispose enfin de la faculté de saisir à nouveau la Cour afin qu'elle lui inflige des sanctions financières. En vue d'une meilleure efficacité de la procédure a été émis le souhait de « renforcer le mécanisme de sanctions prévu à l'article 228 CE, en supprimant les deux phases préalables à la saisine de la Cour pour l'application de sanctions, à savoir la phase de mise en demeure de l'État en question et la phase de l'avis motivé de la Commission, ou une de ces deux phases au moins »⁵⁰. Au sein de la Convention européenne, l'accord s'est fait en faveur de la branche de l'alternative la moins radicale de sorte que le dispositif de l'article 260, § 2 TFUE supprime l'étape clôturant la phase précontentieuse : l'émission d'un avis motivé. Cette phase ne comporte qu'une seule étape : la phase de mise en demeure.

D'évidence il s'agit ici de raccourcir le délai entre le premier arrêt constatant le manquement et le second comportant des sanctions financières. Le gain estimé avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne était de six mois⁵¹ tandis que selon la Commission, la durée moyenne de la procédure « devrait mécaniquement se voir réduite à une fourchette de 8 à 18 mois »⁵². D'une

⁵⁰ Rapport final du 25 mars 2003, CONV 636/03, p. 10. Ce rapport est le fruit des réflexions d'un cercle de discussion relatif à la Cour de justice. À côté des groupes de travail thématiques de la Convention européenne, trois ont été formés, dont l'un relatif à la Cour de justice et présidé par A. Vitorino. Sa mission était de permettre aux membres de la Cour et du Tribunal d'exprimer leurs avis sur des questions les intéressants. Le président de la Cour de justice, M. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, lors de la réunion du 20 février 2003 estimait semblablement : « si l'on veut renforcer l'efficacité du mécanisme de sanction existant, il faudrait probablement songer à simplifier, voire supprimer, la procédure précontentieuse en cas d'inexécution d'un arrêt en manquement préalable » (CONV 572/03, p. 6).

⁵¹ Voy. T. VAN RIJN, *C.D.E.*, 2008, *op. cit.*, p. 87.

⁵² Communication de la Commission, Mise en œuvre de l'article 260, paragraphe 3, TFUE, SEC(2010) 1371 final, 11 novembre 2010, p. 2. Voy. aussi *J.O. C 12*, p. 1. *Adde*, D. SIMON, *Europe*, 2011, n° 3, comm. 100, p. 15.

durée comprise jusqu'alors en général entre quatre et cinq ans, le délai entre les deux arrêts est variable car il dépend de la complexité des circonstances de l'espèce et de la qualité du dialogue entre la Commission et l'État membre concerné⁵³. Si le délai constaté au sujet d'affaires impliquant l'Irlande dans le non-respect d'une directive visant à l'évaluation des incidences sur l'environnement est comparable à ceux observés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁵⁴, seulement un peu plus de trois ans séparent les deux arrêts rendus à l'encontre de ce même État pour transposition incorrecte d'une directive relatives à l'élimination des eaux usées domestiques en milieu rural⁵⁵. Une durée comparable vaut pour deux arrêts frappant, l'un la Suède au sujet de la transposition d'une directive relative à la conservation des données⁵⁶, l'autre la République tchèque au sujet d'une directive relative aux activités et à la surveillance des institutions de retraite professionnelle⁵⁷ ; ce sont à ce jour les seules affaires pour lesquelles le premier arrêt a été rendu après l'entrée en vigueur de l'article 260, § 2 TFUE.

La réduction de la durée séparant les deux arrêts est soumise au délai raisonnable gouvernant la phase précontentieuse au titre de l'article 258 TFUE. Rien ne s'oppose à ce qu'elle ne gouverne pas également celle engagée sur le fondement de l'article 260, § 2, TFUE, puisqu'il n'est pas douteux qu'elle ait également « pour but de donner à l'État membre concerné l'occasion de se conformer à ses obligations découlant du droit de l'Union et, d'autre part, de faire utilement valoir ses moyens de défense à l'encontre des griefs formulés par la Commission »⁵⁸. Il appartient à la Cour d'équilibrer cette exigence avec l'intention des auteurs du traité de Lisbonne.

La pratique combinée de la Commission et de la Cour est trop récente pour pouvoir tirer des conclusions univoques quant à la portée de l'article 260, § 2, TFUE. Sans doute faut-il pour le moment saluer « les efforts de la Commission pour assurer avec beaucoup de célérité [...] le suivi de l'exécution des arrêts en manquement prononcés par la Cour, et le raccourcissement du délai qu'elle

⁵³ En règle générale, l'État membre dispose d'un délai de deux mois pour répondre à la lettre de mise en demeure. Celle-ci intervient à l'issue d'un précédent échange (*infra* note 66).

⁵⁴ C.J., 20 novembre 2008, *Commission/Irlande*, C-66/06, *Rec.*, p. I-158 ; C.J., 19 décembre 2012, *Commission/Irlande*, C-279/11, non encore publié au *Rec.*

⁵⁵ C.J., 29 octobre 2009, *Commission/Irlande*, C-188/08, *Rec.*, p. I-172 ; C.J., 19 décembre 2012, *Commission/Irlande*, C-374/11, non encore publié au *Rec.* Il faut voir dans la date de cet arrêt identique à celle de l'affaire ci-dessus un signal adressé à l'Irlande. Voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2013, n° 2, comm. 66, p. 20.

⁵⁶ C.J., 4 février 2010, *Commission/Suède*, C-185/09, *Rec.*, p. I-14 ; C.J., 30 mai 2013, *Commission/Suède*, C-270/11, non encore publié au *Rec.*

⁵⁷ C.J., 14 janvier 2010, *Commission/République tchèque*, C-343/08, *Rec.*, p. I-275, et C.J., Gde ch., 25 juin 2013, *Commission/République tchèque*, C-241/11, non encore publié au *Rec.*

⁵⁸ C.J., 25 avril 2013, *Commission/Espagne*, C-64/11, non encore publié au *Rec.*, point 13.

donne aux États pour s'exécuter »⁵⁹. Au demeurant, quel que soit le délai moyen observable à partir de la suppression de l'avis motivé, il est censé être mécaniquement plus court qu'auparavant. Plus malaisée est l'appréciation des effets du dispositif sur le comportement des États membres en matière d'exécution des arrêts en manquement⁶⁰.

La simplification de la procédure du « manquement sur manquement » soulève une autre interrogation, portant cette fois sur la date de référence concernant l'appréciation de la persistance du manquement. À l'imitation de la procédure visée à l'article 226 CE (258 TFUE), la Cour considérerait que la fin du délai contenu dans l'avis motivé émis par la Commission valait date de référence⁶¹. Dès la première affaire régie par les dispositions issues du traité de Lisbonne, la Cour opère une translation de la date référence ancrée sur l'avis motivé vers la mise en demeure : « Le traité FUE ayant supprimé, dans la procédure en manquement au titre de l'article 260, paragraphe 2, TFUE, l'étape relative à l'émission d'un avis motivé, ainsi qu'il a été relevé au point 43 du présent arrêt, il y a lieu de retenir comme date de référence pour apprécier l'existence d'un tel manquement celle de l'expiration du délai fixé dans la lettre de mise en demeure émise en vertu de cette disposition »⁶². Ce choix, pour prévisible qu'il soit⁶³, entretient la confusion entre la recevabilité et le bien-fondé du recours et empêche par conséquent la Cour d'apprécier la réalité du manquement au moment où elle statue⁶⁴. Par ailleurs, le déplacement du point de référence de l'avis motivé vers la lettre de mise en demeure implique-t-il une opération

⁵⁹ A. RIGAUX, *Europe*, 2013, n° 8/9, comm. 334, p. 17.

⁶⁰ Dans le 29^e rapport sur le contrôle de l'application du droit de l'Union (2011) la Commission indique qu'elle « a encore dû poursuivre 77 procédures d'infraction en vertu de l'article 260, paragraphe 2, du TFUE, les États membres ne s'étant pas conformés aux arrêts de la Cour » (COM(2012) 714 final, 30 novembre 2012, p. 11). Dans son 30^e rapport (2012), elle relève que « 128 procédures d'infraction étaient encore ouvertes à la Commission parce que cette dernière ne pouvait pas encore confirmer si les États membres concernés s'étaient conformés ou non aux arrêts de la Cour rendus en vertu de l'article 258 du TFUE » (COM(2013) 726 final, 22 octobre 2013, p. 10).

⁶¹ « Il s'ensuit que la date de référence pour apprécier le manquement reproché se situe à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé complémentaire du 6 juin 2000, soit deux mois après la notification de ce dernier » (C.J., *Commission/France*, C-304/02, précitée, point 30, p. I- 6331). La Cour fonde sa position sur un renvoi à deux arrêts rendus au titre de l'article 226 CE.

⁶² C.J., Gde ch., 11 décembre 2012, *Commission/Espagne*, C-610/10, non encore publié au *Rec.*, point 66. Voy. également en ce sens C.J., 30 mai 2013, 270/11, précitée, point 18. Adde L. COUTRON, « Lisbonne, la crise économique et le manquement sur manquement : première démarque sur les sanctions pécuniaires ! » *R.T.D.Eur.*, 2013/2, pp. 321 et s.

⁶³ M. Wathelet et J. Wildemeersch estimaient que l'appréciation de la Cour porterait « *mutatis mutandis* à l'expiration du délai laissé à l'État par la Commission pour présenter ses observations » (*Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 152).

⁶⁴ Voy. J.-P. PUISOCHET, « L'action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus ? », in *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, N. COLNERIC, D. EDWARD, J.-P. PUISOCHET, D. RUIZ-JARABO COLOMER, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003, pp. 572-573.

comparable concernant la jurisprudence applicable à l'avis motivé ? En d'autres termes, la Cour a élaboré une jurisprudence relative à l'appréciation de l'avis motivé en application de l'article 228 CE⁶⁵. Si mécaniquement elle n'a plus lieu d'être en raison de sa suppression, circonstance favorable à la Commission dont les griefs ont pu être déclarés irrecevables en raison d'insuffisances tenant à l'avis motivé⁶⁶, le raisonnement développé par la Cour va-t-il se déplacer au niveau de la lettre de mise en demeure ? Sans doute qu'une réponse affirmative s'impose au nom de la protection des droits des États membres et de la volonté constante du juge de tracer avec précision le cadre du litige⁶⁷.

S'il n'est pas répondu à toutes les interrogations, à l'occasion de cette affaire inaugurale, la Cour a fait une application de sa jurisprudence pour résoudre « la question de savoir si une procédure précontentieuse qui a été engagée avant la date de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, à savoir le 1^{er} décembre 2009, mais qui demeure pendante après cette date, est régie par l'article 228, paragraphe 2, CE ou par l'article 260, paragraphe 2, TFUE ». Elle rappelle que « les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à la date à laquelle elles entrent en vigueur [...]. Or, les dispositions qui régissent le déroulement de la procédure précontentieuse et qui précisent, notamment, les étapes que celle-ci comporte relèvent des règles de procédure applicables en la matière. En effet, la mise en demeure de l'État membre concerné et l'avis motivé adressé à ce dernier ne sont que des moyens procéduraux visant à faire respecter l'obligation incombant à cet État de prendre les mesures qu'implique l'exécution de l'arrêt de la Cour ayant constaté le manquement »⁶⁸.

La position de la Cour s'inscrit dans l'objectif poursuivi par le traité de Lisbonne visant à rendre plus efficace la procédure de « manquement sur manquement » par une conclusion plus rapide tout en demeurant assortie de sanctions financières dont l'appréciation demeure de son ressort.

B. La détermination par la Cour de justice des sanctions financières à l'issue d'une procédure de « manquement sur manquement »

Les dispositions applicables à la procédure de « manquement sur manquement » laissent une large marge d'appréciation quant à sa mise en œuvre par

⁶⁵ Art. 228, § 2, CE : « un avis motivé précisant les points sur lesquels l'État membre concerné ne s'est pas conformé à l'arrêt de la Cour de justice ».

⁶⁶ Pour un exemple, voy. C.J., 10 septembre 2009, *Commission/Portugal*, C-457/07, *Rec.*, p. I-8091.

⁶⁷ *Infra* II-B.

⁶⁸ C.J., C-610/10, précitée, points 44 à 46.

la Commission⁶⁹. Aussi a-t-elle éprouvé le besoin en 1996 et 1997 d'indiquer par deux communications⁷⁰ aux États membres ses critères quant à la détermination du « montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances ». Privilégiant l'astreinte au motif qu'elle « est l'instrument le plus approprié pour atteindre [...] l'objectif fondamental de l'ensemble de la procédure d'infraction qui est d'aboutir le plus rapidement possible à la mise en conformité »⁷¹, la Commission a, à la suite de l'arrêt de 2005 admettant un cumul de sanctions financières et instruite de la pratique des États, fixé sa nouvelle doctrine. Dans la mesure où elle constatait alors que l'exclusivité de l'astreinte « pour non-exécution après l'arrêt au titre de l'article 228 [260 TFUE] a pour effet que les régularisations tardives avant cet arrêt n'entraînent aucune sanction et ne sont dès lors pas efficacement découragées », la Commission décide d'accompagner ses requêtes de la double indication d'une astreinte par jour de retard postérieur à l'arrêt rendu au titre de l'article 228 TCE (260 TFUE) et d'une somme forfaitaire sanctionnant la continuation de l'infraction entre le premier arrêt en manquement et le second à venir⁷². Cette approche commande la démarche de la Commission ; elle procède ensuite à une « [m]ise à jour des données utilisées pour le calcul des sommes forfaitaires et des astreintes que la Commission proposera à la Cour dans le cadre de procédures d'infraction »⁷³, dont l'enjeu est particulièrement important sur le plan financier en période de récession puisque le PIB constitue une donnée majeure. Depuis 2005, la Commission a systématiquement demandé le cumul des sanctions (astreinte et

⁶⁹ Toutefois, sa compétence est analysée comme liée quant à l'engagement de la procédure précontentieuse, lorsque le premier arrêt constatant le manquement n'a pas été exécuté. B. Masson rappelle que « la doctrine semble unanime » pour dénier à la Commission tout pouvoir discrétionnaire. Cependant, T. Materne souligne l'« intérêt largement théorique » de la question, « puisqu'en pratique, la Commission s'informe toujours auprès de l'État membre sur l'exécution de l'arrêt, et engagera la procédure précontentieuse le cas échéant » (*La procédure ne manquement d'État. Guide à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, coll. Europe(s), Bruxelles, Larcier, 2012, p. 365). De son côté, la Cour affirme qu'« il importe de rappeler que, si l'article 260 TFUE ne précise pas le délai dans lequel l'exécution d'un arrêt doit intervenir, il est toutefois constant que la mise en œuvre de l'exécution doit être entamée immédiatement et qu'elle doit aboutir dans les délais les plus brefs possible ». (C.J., 30 mai 2013, *Commission/Suède*, C-270/11, non encore publié au *Rec.*, point 56). Dans les faits, selon les instructions internes de la Commission, ses services adressent à l'État condamné le mois suivant l'arrêt une lettre l'invitant à communiquer les mesures qu'il va prendre pour se conformer à l'arrêt. Voy. T. VAN RIJN, « Non exécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres », *C.D.E.*, 2008/1-2, p. 117. L'État dispose en règle générale d'un délai de deux mois pour y répondre.

⁷⁰ Communication concernant la mise en œuvre de l'article 171 du traité, *J.O. C* 242, p. 6 ; Méthode de calcul de l'astreinte prévue à l'article 171 du traité CE, *J.O. C* 63, p. 2. Ces critères sont au nombre de trois : la gravité de l'infraction ; sa durée ; la prise en compte de l'effet dissuasif de la sanction afin d'éviter toute récidive.

⁷¹ *J.O. C* 242, p. 7.

⁷² Mise en œuvre de l'article 228 du traité CE, SEC(2005)1658, 13 décembre 2005, points 10.1 et 10.3, p. 3.

⁷³ Communication COM(2012) 6106 final, 31 août 2012.

somme forfaitaire). Elle ne consent plus à se désister totalement lorsque l'État a régularisé sa situation avant que le juge ne statue. Toutefois, l'astreinte devient sans objet lorsqu'une régulation a eu lieu au cours de la phase contentieuse ; événement qui s'est produit à trois reprises durant la période étudiée⁷⁴. Comme l'indique le juge : « Selon une jurisprudence constante, l'imposition d'une astreinte ne se justifie en principe que pour autant que perdure le manquement tiré de l'inexécution d'un précédent arrêt jusqu'à l'examen des faits par la Cour »⁷⁵.

Se pose alors la question de la portée du cadre ainsi défini par la Commission. La Cour considère qu'elle statue au titre de l'article 260, § 2, TFUE en conservant une complète appréciation quant à l'édition des sanctions, et qu'elle n'est par conséquent pas tenue de suivre les indications de la Commission. Selon une jurisprudence constante « les propositions de la Commission ne sauraient lier la Cour et ne constituent qu'une base de référence utile. De même, des lignes directrices telles que celles contenues dans les communications de la Commission ne lient pas la Cour, mais contribuent à garantir la transparence, la prévisibilité et la sécurité juridique de l'action menée par la Commission »⁷⁶. Cette appréciation est confortée par la lecture du dernier alinéa de l'article 260, § 3, TFUE qui enferme le pouvoir sanctionnateur de la Cour « dans la limite du montant indiqué par la Commission ». Comme le relève T. Materne : « si la compétence de la Cour est ainsi limitée dans le cas du paragraphe 3, pourquoi ne pas l'avoir limitée dans le cas du paragraphe 2 ? »⁷⁷. D'évidence la modification opérée par le traité de Lisbonne soutient la jurisprudence de la Cour. Elle a développé ses propres critères, ainsi dans l'affaire opposant par exemple la Commission à la Suède (aff. C-270/11), elle rappelle que « l'imposition d'une somme forfaitaire doit, dans chaque cas d'espèce, demeurer fonction de l'ensemble des éléments pertinents ayant trait tant aux caractéristiques du manquement constaté qu'à l'attitude propre à l'État membre concerné par la

⁷⁴ C.J., 31 mars 2011, *Commission/Grèce*, C-407/99, *Rec.*, p. I-2467, C.J., 19 décembre 2012, *Commission/Irlande*, C-279/11, non encore publié au *Rec.*, et C.J., 30 mai 2013, *Commission/Suède*, C-270/11, non encore publié au *Rec.*

⁷⁵ C.J., 19 décembre 2012, *Commission/Irlande*, C-374/11, non encore publié au *Rec.*, point 33.

⁷⁶ C.J., C-270/11, précitée, point 41. En ce sens : « Il convient de souligner que ces propositions de la Commission ne sauraient lier la Cour. En effet, aux termes mêmes de l'article 171, paragraphe 2, troisième alinéa, du traité, la Cour, si elle "reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt ... peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte". Toutefois, ces propositions constituent une référence utile » (C.J., C-387/97, *Rec.*, p. I-5117, point 89). En revanche, pour l'avocat général M. D. Ruiz-Jarabo Colomer, si le traité n'établit effectivement « aucun lien entre le pouvoir d'indiquer, que possède la Commission, et celui d'infliger, qui appartient à la Cour », il « ne pense toutefois pas qu'il s'agisse de pouvoirs totalement autonomes » (conclusions présentées le 28 septembre 1999 dans l'affaire C-387/97, précitée, p. I-5079, point 87).

⁷⁷ T. MATERNE, *op. cit.*, p. 373.

procédure initiée sur le fondement de l'article 260 TFUE ». Concernant l'astreinte, il est également rappelé : « les critères devant être pris en considération afin d'assurer la nature coercitive de l'astreinte en vue de l'application uniforme et effective du droit de l'Union sont, en principe, la durée de l'infraction, son degré de gravité et la capacité de paiement de l'État membre en cause. Pour l'application de ces critères, la Cour est appelée à tenir compte, en particulier, des conséquences du défaut d'exécution sur les intérêts publics et privés ainsi que de l'urgence avec laquelle l'État membre concerné doit être incité »⁷⁸. La référence à la capacité de paiement vaut aussi bien pour la somme forfaitaire que pour l'astreinte⁷⁹. Aussi, le montant des sanctions financières demandé par la Commission est-il régulièrement différent de celui décidé *in fine* par la Cour et revu à la baisse y compris pour des « sanctions-planchers », l'écart pouvant parfois être très important entre les deux⁸⁰. De plus, leurs caractères peuvent être modifiés, la Cour transformant par exemple des astreintes journalières en semestrielles⁸¹ ou les rendant dégressives⁸².

La jurisprudence de la Cour nourrit des réserves fondées sur « l'opacité qui entoure l'évaluation, par le juge de l'Union, de la somme forfaitaire » et la faible « prévisibilité de la sanction du double manquement » peu compatibles avec les exigences d'une Union de droit⁸³. Toutefois, si insécurité juridique il y a, elle joue en faveur des États membres : les sanctions financières finalement prononcées sont en général inférieures à celles proposées par la Commission, sans qu'il soit besoin de se recommander d'un dispositif encadrant l'autonomie de la Cour à l'image de l'article 260, § 3 (*infra I-C*). Il n'en demeure pas moins que la Cour entretient le paradoxe suivant : la juridictionnalisation de la procédure s'accompagne d'une indétermination quant au montant de la sanction. En lieu et place du mode de calcul de la Commission séduisant par sa rationalité et sa logique mathématique, la fixation de la somme forfaitaire et de l'astreinte découle d'une appréciation propre à la Cour. Pour le calcul de la première, elle a ainsi pris « en compte en tant que circonstance atténuante le fait que le Royaume de Suède n'a, auparavant, jamais omis d'exécuter un arrêt rendu par la Cour au titre de l'article 258 TFUE »⁸⁴. Surtout, s'agissant de

⁷⁸ C.J., C-610/10 précitée, point 119.

⁷⁹ Pour une illustration, voy. C.J., 17 novembre 2011, *Commission/Irlande*, C-496/09, *Rec.*, p. I-11483, point 57 (astreinte), point 93 (somme forfaitaire).

⁸⁰ Le montant de la somme forfaitaire proposé par la Commission a ainsi été divisé par plus de 13, dans C.J., Gde ch., 25 juin 2013, *Commission/République tchèque*, C-241/11, non encore publié au *Rec.*

⁸¹ *Ibid.*, points 38 et 54.

⁸² Après avoir pour la première fois imposé une amende dégressive dans l'affaire précitée C-278/01, la Cour a même procédé dans l'affaire précitée C-496/09, *op. cit.*

⁸³ A. RIGAUX, *Europe*, 2013, n° 8/9, comm. 334, p. 19.

⁸⁴ C.J., C-270/11, *op. cit.*, point 55. Voy. : A. RIGAUX, *Europe*, 2013, n° 7, comm. 298, p. 27.

l'appréciation de la capacité de paiement de l'État membre concerné, la Cour de justice a explicitement fait référence aux difficultés financières rencontrées par certains États membres depuis septembre 2008 en prenant en considération au sujet de l'Irlande la circonstance selon laquelle « la capacité de paiement de cet État membre a connu une certaine régression dans un contexte de crise économique »⁸⁵. À l'esprit mathématique et comptable de la Commission, la Cour préfère y substituer celui d'une appréciation souveraine des faits et sa confrontation au droit ; l'art de juger ne peut être mis en équation. Toutes choses étant égales par ailleurs, la latitude de la Cour en matière de sanctions financières peut être lue comme un abaissement de la fonction de la Commission au nom d'une plus grande juridictionnalisation de la procédure en manquement, son appréciation l'emportant sur celle de la Commission. Pareil résultat est prescrit par l'article 260, § 3 TFUE prévoyant des sanctions financières en cas de manquement à l'obligation de communication des mesures de transposition de directives.

C. La détermination par la Commission de sanctions financières du manquement à l'obligation de communication des mesures de transposition de directives

L'insertion par le traité de Lisbonne de l'article 260, § 3, TFUE, « instrument révolutionnaire »⁸⁶, résulte de la proportion très importante de recours en manquement introduits en raison du défaut ou d'une mauvaise transposition des directives⁸⁷. En réaction, le dispositif en vigueur prévoit⁸⁸, lorsque la Commission saisit d'un recours en manquement la Cour (article 258 TFUE) parce qu'un État membre n'a pas communiqué « des mesures de transposition d'une directive adoptée conformément à une procédure législative », qu'elle « peut lorsqu'elle le considère approprié » demander que soient infligées des sanctions financières (astreinte ou somme forfaitaire). Ce dispositif procède d'une double intention complémentaire : « Les États, conscients de leurs failles dans la transposition des directives, mettent en place des conditions renforcées

⁸⁵ C.J., C-279/11, *op. cit.*, point 79 et C.J., C-374/11, *op. cit.*, point 44.

⁸⁶ T. MATERNE, *op. cit.*, pp. 30 et 38.

⁸⁷ Selon la communication faite par H. HAENEL devant la délégation du Sénat français pour l'Union européenne le 28 juin 2006 : « Le contentieux de l'exécution des directives est devenu le terrain privilégié des procédures en constatation de manquement (environ 75 % des arrêts et des procédures en manquement concernant ce domaine) ».

⁸⁸ Une solution alternative était suggérée par J.-P. Puissochet : confier à la Commission la mission de constater le manquement, dans un second temps elle pourrait saisir la Cour pour qu'elle inflige des sanctions financières (« L'action en manquement peut-elle encore se parer de ses justes vertus ? », *op. cit.*, p. 577).

de leur propre respect du droit européen »⁸⁹ ; le « renforcement des pouvoirs coercitifs confiés à la Cour est pleinement cohérent avec les difficultés croissantes rencontrées par la Commission, dans une Union élargie, à l'heure de remplir sa tâche de surveillante du respect, par les États membres, des Traités et du droit dérivé »⁹⁰. Il est vrai qu'à partir du début des années 2000, la Commission observe une augmentation du taux de déficit de transposition⁹¹, avec pour conséquence l'introduction croissante de recours en manquements, un pic étant atteint en 2007-2008⁹². À ces raisons, il faut ajouter que durant cette période, « les saisines de la Cour présentent désormais un caractère plus automatique ; l'objectif pour la Commission semble être parfois d'obtenir au plus vite une déclaration de manquement par la Cour, qui seule permet de déclencher la mise en œuvre des mécanismes nouveaux de contrainte ». En conséquence de quoi le juge s'adapte et « utilise en permanence l'éventail des procédures simplifiées prévues par le statut ou le règlement de procédure de la Cour »⁹³. L'article 260, § 3 est pensé pour limiter cette dérive d'une banalisation du recours en manquement, sans qu'elle disparaisse totalement.

Désormais, en substance, la Cour peut sanctionner un manquement dès le premier arrêt le constatant sans attendre le second. Toutefois, l'article 260, § 3 n'opère pas ce qui pourrait s'apparenter à une fusion des articles 258 et 260, § 2, TFUE, et ce principalement⁹⁴ pour trois raisons. Premièrement, le domaine de l'article 260, § 3, TFUE est doublement limité. D'une part, le manquement dénoncé tient dans la violation de l'obligation « de communiquer des mesures de transposition d'une directive ». Il est généralement admis que l'obligation visée n'est pas purement formelle, « une telle interprétation priverait cette disposition de tout effet utile »⁹⁵. L'étendue de l'obligation est éclairée en ce sens par la Commission : « Il convient de noter que le manquement visé à l'article 260, paragraphe 3, couvre tant l'absence totale d'une communication de mesures quelconques de transposition d'une directive que le cas de figure où une communication de mesures de transposition fait partiellement défaut »⁹⁶. Dans l'hypothèse où une divergence se fait jour avec l'État membre s'agissant du

⁸⁹ F. CHALTIEL, « Traité de Lisbonne : la réforme du système contentieux européen - l'État de droit européen renforcé », *Petites affiches*, 29 février 2008, n° 44, p. 8.

⁹⁰ D. RUIZ-JARABO COLOMER, « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », *Gaz. Pal.*, 18 et 19 juin 2008, p. 1582.

⁹¹ Commission, Tableau d'affichage du marché intérieur, Mai 2003, p. 5.

⁹² En 2007, 213 recours en manquement ont été introduits ; en 2008 : 207 (2002 : 168 ; 2003 : 214 ; 2004 : 193 ; 2005 : 170 ; 2006 : 193).

⁹³ J.-P. PUISOCHET, *op. cit.*, pp. 570 et 577.

⁹⁴ Accessoirement la phase précontentieuse reste rythmée par la mise en demeure et l'avis motivé.

⁹⁵ S. VAN DER JEUGHT, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁶ Communication de la Commission, SEC(2010) 1371 final, 11 novembre 2010, point 19, p. 5.

caractère complet ou non de la communication de ces mesures, la Commission précise qu'elle « relèvera de la procédure normale sur la transposition correcte de la directive, au titre de l'article 258 »⁹⁷. De la sorte, les États membres voient s'ouvrir une échappatoire. De plus, le dispositif ne s'applique pas aux transpositions incorrectes de directives ; l'article 258 TFUE, éventuellement complété par l'article 260, § 2, TFUE fonde un recours pour ce motif⁹⁸. D'autre part, ne sont concernées que les directives issues d'une procédure législative, qu'elle soit ordinaire au sens de l'article 294 TFUE ou spéciale (pour l'essentiel consultation), ce qui exclut toutes directives non législatives pour ne pas avoir été adoptées au terme d'une procédure qualifiée comme telle⁹⁹. Bien que faisant son apparition depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la référence à une procédure législative n'a pas pour effet d'exclure du champ d'application les directives adoptées auparavant par des procédures telles que celles de codécision ou de consultation, sauf à restreindre considérablement le domaine de l'article 260, § 3 TFUE. Dans son office, la Cour aura vraisemblablement à préciser ce point de droit. Au-delà de ces restrictions domaniales, il convient de souligner qu'au moment où le traité de Lisbonne est signé, pas un seul recours n'a été engagé devant la Cour pour un motif tel que prévu par l'article 260, § 3 TFUE¹⁰⁰, ce qui laisse présager une activité contentieuse réduite sur son fondement.

Deuxièmement, s'il appartient toujours à la Cour d'infliger les sanctions financières, c'est à cette différence notable avec l'article 260, § 2, TFUE qu'elle est contrainte de se prononcer « dans la limite du montant indiqué par la Commission ». 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 Commission. Instruits de la pratique de la Commission relativement aux « sanctions proposées [...] prévisibles pour les États membres et calculées selon une méthode qui respecte tout à la fois le principe de proportionnalité et le principe d'égalité de traitement entre les États membres »¹⁰¹, ces derniers ont préféré mettre entre ses mains leur détermination plutôt qu'entre celles d'un juge dont la jurisprudence issue de

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Voy., p. ex., C.J., 24 octobre 2013, *Commission/Espagne*, C-151/12, non encore publié au *Rec.*

⁹⁹ Leur nombre est très limité qu'elles procèdent ou non d'une délégation accordée à la Commission. Deux ont été adoptées depuis que le traité de Lisbonne a introduit la distinction. Ainsi, la directive relevant du Six pack adoptée conformément à l'article 126, § 14, al. 3 TFUE n'est pas législative (*J.O.* L 306, p. 41). Il en va de même pour les directives non législatives relevant du traité CEEA (directive 2011/70, *J.O.* L 199, p. 48).

¹⁰⁰ Voy. T. VAN RIJN, *C.D.E.*, 2008, *op. cit.*, pp. 88-89.

¹⁰¹ SEC(2005)1658 précitée, point. 7, p. 2.

l'article 260, § 2, TFUE est d'une tonalité pourtant plus clémente, mais difficilement prévisible.

Troisièmement, l'article 260, § 3, TFUE stipule : « L'obligation de paiement prend effet à la date fixée par la Cour dans son arrêt ». En vérité, ce dispositif permet à la Cour de moduler dans le temps la portée des sanctions, qui peuvent courir à partir du prononcé de l'arrêt ou à tout autre moment dès lors qu'il y est postérieur. En l'absence de toute mention comparable à l'article 260, § 2, TFUE, la Commission relève que la Cour a pu fixer comme date d'effet « un moment postérieur à la date du prononcé de son arrêt ; et en tout état de cause elle ne l'a jamais fait dans des cas concernant la non-communication de mesures de transposition de directives ». Elle est d'avis qu'« il serait approprié de fixer normalement, dans le cadre de l'article 260, paragraphe 3, le jour du prononcé de l'arrêt comme date à laquelle l'obligation de payer les sanctions infligées prend effet [i]l s'ensuit notamment que l'astreinte journalière devrait courir à compter du jour du prononcé de l'arrêt »¹⁰². En tout état de cause, il est peu probable que cette pratique minoritaire¹⁰³ pour la procédure de « manquement en manquement » vienne à prospérer sur le fondement de l'article 260, § 3, TFUE.

Les variations du cadre juridique de l'article 260, § 3, TFUE ont conduit la Commission, à l'imitation de ce qu'elle avait fait pour l'application de l'article 260 TFUE, à fixer sa doctrine dans une communication¹⁰⁴. Sous réserve des éléments présentés précédemment, trois lignes de force s'en dégagent. Tout d'abord, elle entend par principe faire un usage systématique de la faculté qu'elle tient de l'article 260, § 3 d'indiquer à la Cour « le montant d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à payer [...] qu'elle estime adapté, aux circonstances ». Pour autant, si « l'importance de veiller à une transposition dans les délais prescrits par les États membres existe de manière égale pour toutes les directives législatives, sans qu'il soit a priori indiqué de distinguer entre elles », la Commission précise qu'elle « n'exclut pas que des cas particuliers puissent surgir dans lesquels une demande de sanctions au titre de l'article 260, paragraphe 3, lui paraîtrait inappropriée »¹⁰⁵. Ensuite, à la différence de l'article 260, § 2, TFUE pour lequel elle demande systématiquement un cumul de sanction, tout en admettant la possibilité d'y recourir, la Commission indique qu'elle ne peut proposer « qu'une astreinte » et qu'elle

¹⁰² SEC(2010) 1371 final, 11 novembre 2010, précitée, points 29 et 30, p. 17.

¹⁰³ Au 1^{er} novembre 2013, la Cour de justice a différé dans trois arrêts le point de départ de l'astreinte : C-248/01, C-304/02, et C-369/07.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, point 17, p. 5.

« se désistera de son recours lorsque l'État membre procède à la communication des mesures de transposition requises pour mettre fin à l'infraction »¹⁰⁶. Sa politique en matière de désistement n'est pas affectée, puisque dans les affaires où elle aura proposé une somme forfaitaire dans les cas qu'elle aura jugé « appropriés », « elle ne se désistera pas de la procédure, du seul fait de la communication requise »¹⁰⁷. Enfin, la Commission souligne l'identité de méthode pour le calcul du montant des sanctions financières qu'elles découlent de l'article 260, § 2 ou § 3, TFUE. Ce facteur d'unité vient en contrepoint d'une diversité des régimes juridiques et des pratiques en procédant.

La communication de la Commission ne saurait répondre à l'ensemble des interrogations susceptibles de découler de l'application du nouveau dispositif. À n'en pas douter, la Cour de justice, certes dans un cadre plus contraint, ne va pas manquer d'apporter des éclaircissements quant à l'application de l'article 260, § 3, TFUE, sur le fondement duquel une trentaine de requêtes a été introduite par la Commission¹⁰⁸. Dans cette attente, la Commission constate : « Malgré les temps difficiles, les États membres ont signé leur meilleure performance à ce jour en matière de transposition de la réglementation de l'UE en droit national »¹⁰⁹. Bien qu'il soit difficile de mesurer la part exacte prise par l'article 260, § 3, TFUE dans ce résultat, il y a indéniablement contribué. Le satisfecit adressé aux États membres ne les empêche pas d'user de la voie contentieuse pour d'échapper au paiement de sanctions financières pour non-transposition de directives.

II. – L'ouverture d'un contentieux prolongeant la procédure de « manquement sur manquement » devant le Tribunal : le rôle de la Commission dans l'exécution des arrêts

Le TFUE ne contient aucune indication de nature à éclairer la mise en œuvre des sanctions financières prononcées par la Cour au titre de l'article 260 TFUE. Dans ces conditions, c'est au juge de l'Union qu'il va revenir de clarifier les suites à donner, d'abord en déclarant la Commission compétente quant au recouvrement des astreintes en vertu de sa mission budgétaire (A),

¹⁰⁶ *Ibid.*, point 22, p. 6.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Voy., par exemple, le recours introduit le 17 juillet 2013, *Commission/Roumanie*, C-406/13, et le recours introduit le 31 janvier 2012, *Commission/Pologne*, C-48/12. Au 1^{er} novembre 2013 aucun arrêt n'a été rendu dans ces affaires.

¹⁰⁹ Commission Européenne, *Tableau d'affichage du marché intérieur : record battu pour le 15^e anniversaire*, 19 février 2013, IP/13/127.

ensuite en limitant son pouvoir d'appréciation quant aux mesures adoptées par l'État défaillant en raison du fondement étroit de sa compétence (B). La lumière jetée par le Tribunal fait apparaître aux marges de son raisonnement des zones d'ombres concernant les possibilités contentieuses qui s'offrent à la Commission en relation avec la mauvaise exécution de l'arrêt en « manquement sur manquement » par l'État défaillant (C).

A. *La compétence de la Commission quant au recouvrement des astreintes*

La question du régime juridique des sanctions financières prononcées à l'issue d'un recours « en manquement sur manquement » demeurerait inédite jusqu'à ce que le Tribunal l'aborde à la faveur de leur contestation par un État devant en supporter la charge¹¹⁰. Dans le prolongement d'un arrêt en « manquement sur manquement » du 10 janvier 2008¹¹¹ condamnant le Portugal au paiement d'une astreinte, cet État saisit le Tribunal d'un recours en annulation¹¹². Sans qu'il soit nécessaire d'examiner les faits à l'origine de l'affaire¹¹³, cette requête est l'occasion pour le Tribunal d'apporter plusieurs éclaircissements s'agissant du rôle de la Commission dans l'exécution d'un arrêt en « manquement sur manquement ».

Sous réserve du respect du régime juridique touchant à l'exécution des arrêts de la Cour¹¹⁴, la Commission dispose d'une certaine latitude. Pour le paiement d'une somme forfaitaire, elle communique à l'État condamné une note portant appel de fonds¹¹⁵. Pour l'astreinte, elle contacte l'État concerné afin qu'il lui communique en retour les mesures qu'il compte prendre en vue de la fin du manquement. À défaut, elle décide du recouvrement de l'astreinte selon la périodicité fixée par l'arrêt¹¹⁶. Les possibilités de contester juridiquement

¹¹⁰ Voy. T. MATERNE, « Contraindre un État à respecter ses obligations européennes : le contentieux des sanctions financières imposées pour l'inexécution d'un arrêt en manquement d'État », *J.D.E.*, 2012, pp. 34 et s.

¹¹¹ C.J., 10 janvier 2008, *Commission/Portugal*, C-70/06, *Rec.*, p. I-20.

¹¹² Trib., 29 mars 2011, *Portugal/Commission*, T-33/09, *Rec.*, p. II-1429.

¹¹³ Pour une présentation synthétique, voy. V. MICHEL, *Europe*, 2011, n° 5, comm. 152, p. 15.

¹¹⁴ Article 280 TFUE.

¹¹⁵ Pour un exemple : note du 5 septembre 2005 de la Commission (DG Pêche) portant appel de fonds à raison de la somme forfaitaire de 20 millions d'euros prévue par l'arrêt du 12 juillet 2005. Rapport d'information n° 342 sur les enjeux budgétaires liés au droit communautaire de l'environnement, Sénat, session ordinaire de 2005-2006, p. 64.

¹¹⁶ Depuis sa communication de 2005, la Commission a privilégié les astreintes journalières (p. ex. : aff. 610/10, 374/11), mais au nom du principe de proportionnalité, lorsque « le degré d'exécution ne peut être apprécié qu'à intervalles réguliers, il convient d'éviter une situation dans laquelle les astreintes continueraient à s'accumuler pendant des périodes où l'infraction aurait en fait pris fin, mais où sa cessation n'aurait pas été constatée » (SEC point. 13.3, p. 5). Le recouvrement des astreintes journalières est mensuel.

les sanctions dépendent de leur nature : la somme forfaitaire est destinée à condamner les errements passés, tandis que l'astreinte a pour objectif d'éviter qu'ils ne se prolongent dans le futur¹¹⁷. L'impossibilité de contester l'arrêt en « manquement sur manquement » par la voie de l'appel ou du pourvoi, empêche par avance la remise en cause de la somme forfaitaire. En revanche, pareille situation ne prévaut pas pour l'astreinte. Or, elle est en règle générale la sanction la plus communément infligée dans la mesure où l'article 260, § 2, TFUE privilégie la régularisation sur la sanction¹¹⁸.

Dans une Union de droit, le recours en annulation permet de déférer l'examen des actes adoptés par les institutions de l'Union, et en l'occurrence la décision de la Commission portant demande de paiement des astreintes dues en exécution de l'arrêt de la Cour. C'est d'abord ce qu'a décidé la France, suivie en cela par le Portugal, dont la requête a été jugée avant celle de la France par le Tribunal¹¹⁹. Son arrêt permet d'éclairer les aspects juridiques relatifs à la liquidation de l'astreinte. Le Tribunal reconnaît qu'il appartient à la Commission de procéder au recouvrement des astreintes, parce qu'elles abondent « le compte Ressources propres de la Communauté européenne [...] et [...] en vertu de l'article 274 CE [317 TFUE], la Commission exécute le budget »¹²⁰. De plus, le dispositif même de l'arrêt constatant le manquement prévoit : « La République portugaise est condamnée à payer à la Commission des Communautés européennes, sur le compte Ressources propres de la Communauté européenne » une astreinte de... »¹²¹. C'est sous l'angle budgétaire que la compétence de

¹¹⁷ Dans ses conclusions présentées le 18 novembre 2004 dans l'affaire C-304/02, *Commission/France*, précitée l'avocat général M. L. A. Geelhoed pense au contraire : « Nous ne sommes pas convaincu par l'argument selon lequel la somme forfaitaire est plutôt orientée vers le passé, alors que l'astreinte est tournée vers l'avenir. Ces deux sanctions visent à influencer le comportement d'un État membre dans le futur, mais de différentes manières ». Il considère que l'astreinte a un effet dissuasif et la somme forfaitaire persuasif (*Rec.*, p. I-6312, point 38).

¹¹⁸ Voy. T. VAN RIJN, *C.D.E.*, 2008, *op. cit.*, p. 118.

¹¹⁹ Comme le relève J. Dupont-Lassalle : « On pourra peut être y voir une mauvaise grâce du juge qui fait écho à la mauvaise foi patente des autorités française depuis plusieurs décennies » [« Fumée noire pour la France. Constatation de manquement concernant l'exigibilité des droits d'accises sur les produits du tabac (C.J., 14 mars 2013, *Commission/France* aff. C-216/11) », *RAE*, 2011/4, p. 808]. A. RIGAUX fait une autre lecture du comportement du juge, elle considère que le délai supérieur à 5 ans entre l'introduction de la requête et le prononcé de l'arrêt témoigne d'une « insoutenable légèreté » du juge susceptible d'inciter la France à fonder un pourvoi « sur le respect du droit à un procès équitable au regard de la durée excessive des procédures ». (A. RIGAUX, *Europe*, 2011, n° 12, comm. 447, p. 17).

¹²⁰ Trib., 29 mars 2011, *Portugal/Commission*, T-33/09, *Rec.*, p. II-1429, point 62. Voy. également en ce sens Trib., 19 octobre 2011, *France/Commission*, T-139/06, *Rec.*, p. II-731, point 37.

¹²¹ En revanche, sur le fondement de l'article 258 TFUE la Commission ne peut demander à la Cour de condamner un État à « créditer immédiatement le compte de la Commission des ressources propres non acquittées du fait des manquements », car la requête est ici assimilée à un pouvoir d'injonction dont est dépourvue la Commission aussi bien que la Cour de justice (C.J., 5 octobre 2006, *Commission/Allemagne*, C-105/02, *Rec.*, p. I-9713, point 43).

la Commission est reconnue, non en vertu de sa mission générale affirmée à l'article 17 TUE : « Elle veille à l'application des traités ». Il reste que la Commission étant à l'origine de la procédure en manquement, de l'engagement du recours et disposant du pouvoir d'indiquer le montant de l'astreinte, elle paraît toute désignée pour adopter par une décision la liquidation de l'astreinte. Nul besoin, comme a pu le soutenir la France, pour la Commission d'entamer un nouveau recours en manquement en vue du paiement de l'astreinte¹²². Au contraire, l'arrêt rendu au sujet de cette prétention confirme sa compétence¹²³.

La compétence de la Commission quant au recouvrement des astreintes ne l'autorise nullement à en moduler le montant. La France a soutenu devant le Tribunal que cette modulation devait être admise pour que soit pris en compte les progrès dans l'exécution des arrêts en manquement. L'audace de l'argumentation ne manque pas de surprendre car elle revient à soumettre le TFUE à l'influence du système en vigueur du temps de la CECA en vertu duquel la Haute-Autorité/Commission fixait le montant des sanctions financières. En accédant à cette requête, le Tribunal aurait remis en cause le pouvoir du juge d'en fixer le montant, ce qu'il s'est naturellement refusé de faire¹²⁴. Si la mission de la Commission est incontestablement fondée, elle n'implique pas qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux mesures adoptées par l'État défaillant.

B. Le pouvoir d'appréciation limité de la Commission quant aux mesures adoptées par l'État défaillant

La recevabilité de la requête du Portugal à l'encontre de la décision du 25 novembre 2008, portant demande de paiement des astreintes dues en exécution de l'arrêt, n'a pas nourri les réflexions du juge et des parties¹²⁵. En l'espèce, elle ne fait pas de doute : la décision de liquidation de l'astreinte

¹²² Le Tribunal relève fort logiquement : « il serait contraire à l'esprit du traité et à l'objectif du mécanisme prévu par l'article 228 CE d'imposer à la Commission l'introduction d'un nouveau recours en manquement sur le fondement de l'article 226 CE » (Trib., T-139/06, *op. cit.*, point 32).

¹²³ « Il résulte de ce qui précède que la Commission est, en principe, compétente afin d'exiger le paiement d'une astreinte fixée par la Cour et, par conséquent, que le moyen tiré de l'incompétence de la Commission doit être rejeté » (*Ibid.*, point 38).

¹²⁴ Trib., T-139/06, *op. cit.*, points 77 à 82.

¹²⁵ À ce sujet, dans ses conclusions rendues dans le cadre du pourvoi dirigé contre l'arrêt du Tribunal, l'avocat général M. N. Jääskinen prend le soin de préciser : « il convient de ne pas perdre de vue que, si la Cour devait juger que la Commission ne disposait pas de la compétence lui permettant d'adopter des décisions faisant grief aux États membres dans le cadre de l'exécution des arrêts au titre de l'article 260 TFUE, le pourvoi de la Commission devrait être rejeté dans son intégralité comme inopérant » (Conclusions présentées le 16 mai 2013, dans l'affaire C-292/11 P, point 57).

est susceptible de recours devant le Tribunal au titre des articles 256 et 263 TFUE. En revanche, sans que le point soit tranché par le Tribunal, plus douteuse est la recevabilité d'un recours en annulation dirigé contre la lettre adressée par la direction générale concernée. Pas tant en raison de sa forme, que parce que l'acte ne fait vraisemblablement pas grief dès lors qu'il se borne à rappeler l'arrêt de la Cour concernant l'astreinte et qu'il ne fixe pas la position de la Commission¹²⁶.

Au fond, l'examen de la légalité de la décision de recouvrement de la Commission par le Tribunal fait ressortir en substance qu'elle est dépourvue de base légale – le Tribunal décide de son annulation – dès lors que la législation incriminée est abrogée par un acte interne ; il n'est pas dans les attributions de la Commission d'apprécier la conformité de la nouvelle législation interne avec le droit de l'Union auquel l'État avait précédemment manqué. Pour parvenir à cette conclusion le Tribunal considère : « dans le cadre de l'exécution d'un arrêt de la Cour infligeant une astreinte à un État membre, la Commission doit pouvoir apprécier les mesures adoptées par l'État membre pour se conformer à l'arrêt de la Cour afin, notamment, d'éviter que l'État membre qui a manqué à ses obligations ne se borne à prendre des mesures ayant en réalité le même contenu que celles ayant fait l'objet de l'arrêt de la Cour. Toutefois, l'exercice de ce pouvoir d'appréciation ne saurait porter atteinte ni aux droits – et, en particulier, aux droits procéduraux – des États membres, tels qu'ils résultent de la procédure établie par l'article 226 CE [258 TFUE], ni à la compétence exclusive de la Cour pour statuer sur la conformité d'une législation nationale avec le droit communautaire »¹²⁷. La capacité d'appréciation de la Commission, en même temps qu'elle est fondée par le Tribunal ne peut être aussi étendue que celle du juge. Au-delà des dispositions relatives au manquement, l'article 17, § 1 TUE trace le cadre des relations entre la Commission et la Cour : « Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne ». Aussi, le contrôle des mesures prises par la Commission, particulièrement de la décision de recouvrement de l'astreinte, est-il possible comme l'affirme le Tribunal dans l'éventualité – non avérée en l'espèce – d'une « erreur d'appréciation de la Commission »¹²⁸.

Comment mieux souligner la mise à l'écart de toutes considérations diplomatico-politiques dans l'issue d'une procédure de « manquement sur

¹²⁶ Dans un premier temps, le Portugal a saisi le Tribunal de la lettre du directeur général de la DG « Marché intérieur et services », mais il s'est ensuite désisté de son recours, dont la recevabilité était par ailleurs contestée par la Commission, points 18 à 20. Radiation du 5 mars 2009, Portugal/Commission (T-378/08).

¹²⁷ Trib., T-33/09, *op. cit.*, points 81 et 82.

¹²⁸ Trib., T-139/06, *op. cit.*, point 51.

manquement » dont l'engagement – *i.e.* les diverses étapes conduisant au premier arrêt en manquement – demeure au contraire dominé par de telles considérations ?

Par cette jurisprudence, le Tribunal renforce à l'unisson de la jurisprudence de la Cour et du traité de Lisbonne le caractère juridictionnel de la procédure non seulement par les prolongements dont elle fait l'objet par un contrôle de légalité des décisions qui en découlent, mais surtout en encadrant étroitement l'appréciation par la Commission des mesures d'exécution que peut prendre l'État concerné, dont l'écho se fait entendre jusqu'aux arrêts rendus au titre de l'article 258 TFUE¹²⁹. Accessoirement, il avance prudemment quant à l'articulation entre les articles 260 TFUE et 263 TFUE en refusant de « se prononcer, dans le cadre d'un recours en annulation [...] dirigé contre une décision de la Commission relative à l'exécution d'un arrêt de la Cour [...], sur une question, relative à la méconnaissance par l'État membre des obligations qui lui incombent en vertu du traité CE, qui n'aurait pas été préalablement tranchée par la Cour »¹³⁰. Également soucieux de la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union, le Tribunal ajoute que la reconnaissance en faveur de la Commission d'« une plus grande marge d'appréciation en ce qui concerne l'exécution d'un arrêt rendu par la Cour en application de l'article 228, paragraphe 2, CE, [268, § 2 TFUE] aurait pour conséquence que, à la suite de la contestation par un État membre devant le Tribunal d'une appréciation de la Commission allant au-delà des termes mêmes du dispositif de l'arrêt de la Cour, celui-ci serait inévitablement amené à se prononcer sur la conformité d'une législation nationale avec le droit communautaire. Or, une telle appréciation relève de la compétence exclusive de la Cour et non de celle du Tribunal »¹³¹. Il reste que cette séquence juridictionnelle enrichit « la systématique des contentieux » à cette différence près qu'elle ne découle pas d'une articulation « entre le recours en constatation de manquement et le renvoi préjudiciel en interprétation »¹³², mais entre le premier et le recours en annulation.

Au final, le « véritable numéro d'équilibriste »¹³³ du Tribunal témoigne de son appréciation sourcilleuse quant au rôle de la Commission, mais aussi quant au sien propre, qui ne risque guère d'être démentie par la Cour à l'occasion du pourvoi qu'elle est appelée à examiner¹³⁴. Son sens général ne saurait aller

¹²⁹ *Infra*, Trib., T-95/12.

¹³⁰ Trib., T-33/09, *op. cit.*, point 67.

¹³¹ *Ibid.*, point 90.

¹³² D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd, Paris, PUF, 2001, p. 492.

¹³³ L. COUTRON, *R.T.D.Eur.*, 2012, *op. cit.*, p. 187.

¹³⁴ La Commission a formé le 9 juin 2011 un pourvoi (C-292/11 P). Elle avance deux moyens : l'erreur de droit commise par le Tribunal « en limitant indûment les compétences respectives de la Commission et du Tribunal

à l'encontre des conceptions exprimées dans l'espèce en première instance. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt du Tribunal soulève un certain nombre d'interrogations inédites quant aux suites à donner à un désaccord entre la Commission, dont le rôle limité peut nourrir la contestation de l'État incriminé, et ce dernier, ferment d'un « nouveau “foyer contentieux” »¹³⁵. Et ce d'autant plus que la Cour s'est récemment prononcée sur l'état de l'exécution d'un arrêt en manquement dans le cadre du contentieux de l'article 260, § 2, TFUE dans un sens favorable aux États membres¹³⁶. Le litige naît et croît en raison d'interprétations divergentes entre la Commission et l'État s'agissant de l'arrêt condamnant ce dernier. Confrontant celui-ci à la requête de la Commission fondée sur le maintien d'une disposition nationale jugée précédemment comme constitutive d'un manquement, la Cour a précisé qu'elle n'en avait décidé ainsi qu'en raison de « la combinaison »¹³⁷ de cette disposition avec d'autres règles nationales. Pris isolément, la disposition litigieuse n'est pas contraire au droit de l'Union. Dès lors, son maintien, tandis que les autres règles combinatoires ont été supprimées, n'est pas de nature, à fonder la recevabilité d'un recours en « manquement sur manquement », contrairement à ce que soutient la Commission. Cette solution est susceptible d'alimenter de futurs litiges quant à l'exécution des arrêts constatant le manquement mais également ceux rendus en « manquement sur manquement ».

C. Les voies contentieuses en cas de litige quant à l'exécution de l'arrêt en « manquement sur manquement » par l'État défaillant : vers une mise en abyme de l'article 260, paragraphe 2, TFUE ?

L'accès au recours en annulation par l'État condamné soulève en parallèle celui de la Commission à d'autres voies contentieuses. Dans la mesure où le Tribunal s'interdit toute intrusion dans le champ de l'appréciation du manquement, la censure éventuelle de la décision de liquidation de l'astreinte ne résout pas les divergences entre l'État membre et la Commission relatives, comme dans l'affaire opposant le Portugal à la Commission, à l'assiette chronologique de l'astreinte. En conséquence, il convient de considérer les possibilités de

dans le cadre de l'exécution des arrêts de la Cour au titre de l'article 260, paragraphe 2, TFUE » et « en faisant une lecture partielle et restrictive du dispositif de l'arrêt sur l'exécution de 2008 » ; « l'arrêt attaqué est entaché d'une motivation insuffisante et contradictoire ».

¹³⁵ A. RIGAUX, *Europe*, 2011, n° 12, comm. 447, p. 17.

¹³⁶ C.J., Gde ch., 22 octobre 2013, *Commission/Allemagne*, C-95/12, non encore publié au *Rec*.

¹³⁷ Point 37. Dans le dispositif de l'arrêt constatant le manquement, la Cour emploie le même terme (C.J., 23 octobre 2007, *Commission/Allemagne*, C-112/05, *Rec.*, p. I-9044).

recours s'offrant à cette dernière. La perspective d'une prochaine décision de la Cour pourrait être l'occasion de fixer une jurisprudence relative à sa compétence s'agissant précisément de l'exécution des arrêts en « manquement sur manquement ». En attendant son prononcé, l'avocat général M. N. Jääskinen estime dans ses conclusions que « la Commission ne saurait dépasser le cadre du manquement tel qu'il a été identifié par la Cour dans son premier arrêt »¹³⁸. Si l'on en juge par le nombre d'États membres ayant demandé à intervenir au soutien de la position défendue par le Portugal¹³⁹, nul doute que la solution dégagée par la Cour ne manquera pas d'intéresser au-delà des parties concernées l'ensemble des acteurs ou observateurs du droit de l'Union européenne.

Dans cette attente, la limitation de la compétence de la Commission pose la question des moyens dont elle dispose pour assurer l'exécution de l'astreinte en cas de divergence quant à son bien-fondé avec l'État défaillant. Envisager l'introduction d'un recours en manquement au titre de l'article 258 TFUE présente l'inconvénient de mobiliser une procédure longue car sans connexion préalable avec la constatation d'un manquement, sans compter que l'inexécution de l'arrêt pourrait appeler à son tour et à nouveau la mise en œuvre de l'article 260, § 2, TFUE¹⁴⁰. En sens inverse, l'accès à cette procédure simplifiée paraît plus adaptée, d'autant qu'elle renvoie au sens de l'article 260, § 1, TFUE à un arrêt reconnaissant « qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités », ce qui pourrait désigner le refus pour un État membre de s'acquitter du paiement d'une astreinte exigée par une décision de la Commission prise en exécution d'un arrêt rendu sur ce même fondement. De sorte qu'une mise en abyme de l'article 260, § 2, TFUE paraît la solution la plus réaliste sans l'emporter complètement en raison des doutes que fait peser sur sa recevabilité le principe *non bis in idem* et surtout celui de l'autorité de la chose jugée¹⁴¹. Du reste, la perspective de recours en cascade ressemblant à

¹³⁸ Point 28.

¹³⁹ Huit dont la France et l'Allemagne. Voy. G. ISAAC, « Observations sur la pratique de l'intervention devant la Cour de justice des Communautés européennes, dans les affaires en manquement d'États », in *Etudes de droit des Communautés européennes, Mélanges offerts à P.-H. TEITGEN*, Paris, Pedone, 1984, pp. 171 et s.

¹⁴⁰ De plus, comme le souligne l'avocat général JÄÄSKINEN : « cette approche [...] en quelque sorte rébarbative [...] risquerait également d'affaiblir l'impact des sanctions pécuniaires ainsi que l'autorité des jugements de la Cour elle-même et serait discutable au regard du principe de l'autorité de la chose jugée » (point 73).

¹⁴¹ En ce sens points 84 à 89 des conclusions de l'avocat général Jääskinen. Celles-ci reposent sur un arrêt indiquant expressément que le principe de l'autorité de la chose jugée est également applicable aux procédures en manquement mais qui ne règle pas directement la portée du principe *non bis in idem* : C.J., 29 juin 2010, *Commission/Luxembourg*, C-526/08, *Rec.*, p. I-6151. Voy. A. RIGAUX, *Europe*, 2010, n° 10, comm. 302, p. 15. Toutefois, l'avocat général M^{me} J. Kokott dans ses conclusions affirme : « Nous ne sommes pas convaincue que le principe non bis in idem ait vocation à s'appliquer à un stade de la procédure en manquement » (conclusions présentées le 28 janvier 2010, dans l'affaire, C-526/08, *Rec.*, p. I-6161, point 31). Sur ce thème : J. NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, « À propos du principe "Ne bis in idem" – Un regard sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Une Communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos*

un « manquement sur manquement sur manquement... » est de nature à faire naître une certaine perplexité. D'autant plus que par hypothèse rien ne s'oppose à ce que les prolongements jurisprudentiels dont peut faire l'objet un recours engagé sur la base de l'article 260, § 2, TFUE puissent également s'appliquer à ceux introduits conformément à l'article 260, § 3, TFUE.

Quoi qu'il en soit, admettre un recours fondé sur l'article 258 TFUE lorsque « le litige avec l'État membre au stade de l'exécution d'un arrêt rendu au titre de l'article 260 TFUE portait sur des mesures qui, tout en étant liées au manquement constaté par la Cour, dépassaient le cadre objectif de ce dernier, tel qu'il ressort du dispositif du premier arrêt en manquement »¹⁴² relève d'une appréciation d'un maniement délicat. D'une part, elle fait dépendre de l'État membre le choix de la voie contentieuse à partir de considérations éminemment factuelles tenant à son comportement, dont l'examen soulève la question supplémentaire des rapports entre l'office du juge ordinaire et du juge de cassation¹⁴³. D'autre part, elle met en définitive en concurrence les articles 258 TFUE et 260 TFUE puisque sauf à balayer les réserves tenant au principe l'autorité de la chose jugée, une nouvelle saisine conformément à l'article 260 TFUE ne peut être envisagée que « dans l'hypothèse d'un changement évident du cadre du litige »¹⁴⁴. À tout prendre, une base contentieuse unique paraît préférable, sauf à ouvrir un vaste champ de recours au bénéfice d'État membre, dont il convient de ne pas oublier que le manquement a été constaté en vertu de l'article 258 TFUE puis sanctionné au terme de l'article 260, § 2 TFUE, éclairant d'une lumière crue ce qui s'apparente bien souvent à une « mauvaise foi persistante »¹⁴⁵. Sans compter que par son attitude, l'État membre heurte frontalement le principe de coopération loyale, principe général gouvernant les relations qu'il entretient avec la Commission au sens du droit de l'Union¹⁴⁶.

Rodríguez Iglesias, op. cit., pp. 165 et s. ; P. OLIVER et T. BOMBOIS, « “Ne bis in idem” en droit européen : un principe à plusieurs variantes », *J.D.E.*, 2012, n° 193, pp. 266 et s.

¹⁴² Conclusions précitées de l'avocat général JÄÄSKINEN, point 74.

¹⁴³ Selon l'avocat général Jääskenen au sujet de l'articulation des compétences entre le Tribunal et la Cour de justice : « Le Tribunal se voit ainsi reconnaître un pouvoir souverain d'appréciation quant aux constats factuels qui servent de fondement au constat de l'existence de manquements, tel qu'opéré auparavant par la Cour. En effet, dès lors qu'une part importante des manquements revêt un caractère factuel, la Cour doit prendre en considération que les questions de fait puissent échapper à sa compétence dans le cadre d'un pourvoi dirigé contre un arrêt du Tribunal se prononçant sur la légalité d'une décision de la Commission relative à l'avancement de l'exécution d'un arrêt de la Cour ainsi qu'à la nécessité de poursuivre le paiement d'une astreinte » (point 72). L'arrêt du 19 octobre 2011 illustre cette appréciation, aff. T-139/06 précitée, points 56 à 76.

¹⁴⁴ Conclusions précitées de l'avocat général Jääskenen, point 89.

¹⁴⁵ A. RIGAUX, *Europe*, 2011, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴⁶ V. M. BLANQUET et G. ISAAC, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd, Paris, Sirey, 2012, pp. 101 et s.

La voie d'un arrêt en interprétation au sens de l'article 43 du statut de la Cour¹⁴⁷ ne semble pas appropriée dans la mesure où « la demande en interprétation doit, pour être recevable, viser à dissiper l'obscurité ou l'ambiguïté éventuelle affectant le sens et la portée de l'arrêt [...] viser essentiellement à l'interprétation du dispositif, en combinaison avec les motifs essentiels [...] Elle n'est pas recevable lorsqu'elle vise des points qui n'ont pas été tranchés par l'arrêt ou lorsqu'elle tend à obtenir de la Cour un avis sur l'application, l'exécution ou les conséquences de l'arrêt rendu »¹⁴⁸. En vertu de cette jurisprudence, la Cour qui était pour la première fois saisie d'une demande en interprétation au sujet d'un arrêt rendu sur le fondement de l'article 260, § 2 TFUE a déclaré le recours irrecevable au motif qu'il remet « en cause les conséquences d'une telle lecture strictement littérale du dispositif de l'arrêt »¹⁴⁹.

Au regard des fortes implications sur le recours en manquement qui découlent de ces prolongements jurisprudentiels réels ou potentiels, la Cour peut éprouver la raisonnable tentation de se cantonner au traitement strict de l'espèce bornée par le pourvoi formé par la Commission. Pour sa part, elle n'a que peu d'intérêts pratiques à être à l'origine d'un nouveau recours repoussant à nouveau la conclusion ultime d'affaires se déroulant le plus souvent sur une période étendue. Il est également possible qu'elle revoie sa doctrine en matière d'astreinte, leur caractère journalier est propice à la cristallisation des oppositions avec les États membres concernant la période de référence de l'astreinte eu égard aux enjeux financiers en présence. Pareillement, la Cour peut décider d'infliger plus fréquemment des amendes dégressives, ce qu'elle a seulement pratiqué en deux occasions, afin de permettre à la Commission d'engager un dialogue constructif avec l'État membre en vue de l'exécution de l'arrêt et de désamorcer d'éventuels conflits d'interprétation. En outre, cette dégressivité limite les effets négatifs de manquement qui restent appréciés à l'issue de la phase précontentieuse et permet de prendre en compte non seulement « les efforts normatifs que les États membres peuvent avoir accomplis avant que la Cour ne statue »¹⁵⁰, mais également ceux réalisés après. Par ailleurs, ces développements doivent inciter la Commission et la Cour à définir avec une précision extrême le cadre du manquement, pour limiter autant que faire se peut toute aspérité juridique offrant prise à de vétilleuses autorités gouvernementales. Par ailleurs, cette exigence ne vaut pas uniquement pour les arrêts

¹⁴⁷ « En cas de difficulté sur le sens et la portée d'un arrêt, il appartient à la Cour de justice de l'interpréter, à la demande d'une partie ou d'une institution de l'Union justifiant d'un intérêt à cette fin ».

¹⁴⁸ C.J., Ord. 20 avril 1988, *Maindiaux e.a.*, aff. jointes. 146 et 431/85, *Rec.*, p. 2005, points. 5 et 6.

¹⁴⁹ C.J., Ord. 11 juillet 2013, *Italie/Commission*, C-496/09 INT, non encore publié au *Rec.*

¹⁵⁰ J.-P. PUISOCHET, *op. cit.*, p. 572.

contenant des sanctions financières, mais aussi pour ceux constatant le manquement afin de limiter les incertitudes quant à leur application, de nature à conduire la Commission à engager des recours jugés ensuite irrecevables.

Conclusion

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la jurisprudence a fait œuvre utile en traçant le cadre d'une application renouvelée du recours en manquement. Toutefois, certaines questions sensibles demeurent en suspens telles que la récidive¹⁵¹ ou l'application de mesures provisoires en relation avec l'introduction d'un recours sur la base de l'article 260, § 2, ou § 3, TFUE¹⁵², tandis que d'autres feront sans doute l'objet de réponses inscrites dans le droit positif comme la possibilité pour la Commission d'engager une procédure à l'encontre d'un État membre en se fondant sur la violation de la Charte des droits fondamentaux¹⁵³. En attendant, le traité, le juge et la Commission participent de concert à un meilleur respect et à une plus grande application du droit de l'Union comme en témoigne la décreue spectaculaire des recours introduits au titre de l'article 258 TFUE¹⁵⁴.

Si l'art de la prospective est nécessairement d'une exécution risquée, l'éclatement du régime juridique ordinaire du manquement consécutif à la dissociation de la procédure en constatation de manquement (article 258 TFUE) de celle sanctionnant le « manquement sur manquement » (article 260, § 2, TFUE) et à l'apparition d'une procédure propre aux directives (article 260, § 3, TFUE) milite en faveur d'un régime en voie d'unification. D'autant plus que la multiplicité de procédures en manquement spécifiques demeure, aggravée par l'introduction en marge du TFUE d'une procédure propre à l'UEM. En outre, les prolongements contentieux donnés à l'exécution des arrêts « en manquement sur manquement » ajoutent à la complexité d'ensemble. L'unification pourrait aller de pair avec une simplification. Elle pourrait prendre la forme opérationnelle à l'imitation du traité CECA d'une constatation du manquement par la Commission¹⁵⁵ ou plus

¹⁵¹ Voy. : T. MATERNE, *op. cit.*, pp. 346 à 348.

¹⁵² La perspective d'un référé est possible sur la base de l'article 258 TFUE. Sur ce fondement, la Cour « a développé une jurisprudence dynamique » (E. TEZCAN, « L'ordonnance des mesures provisoires par la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre du recours en manquement », *Revue hellénique de droit international*, 1997, vol. 50, p. 386).

¹⁵³ Voy., en la matière, la contribution de A. BAILLEUX dans le présent ouvrage.

¹⁵⁴ En 2009, 142 recours en manquement ont été introduits ; en 2010 : 129 ; en 2011 : 73 ; en 2012 : 58.

¹⁵⁵ Le groupe de réflexion réuni à la veille de la CIG 2000, présidé par M. Due considérait : « La solution la plus favorable au bon fonctionnement de la Cour de justice consisterait, à l'évidence, à donner à la Commission,

radicalement de sanctions financières adoptées par cette dernière, comme elle le fait régulièrement en matière de droit de la concurrence. De la sorte la place de la Commission serait renforcée à l'heure où elle évolue dans un environnement institutionnel moins favorable que par le passé. En tout état de cause, la Commission œuvrerait sous le contrôle du juge, gage d'une Union de droit soutenue par le caractère juridictionnel d'une procédure moins susceptible de donner cours à de dilatoires dérives contentieuses. La faible probabilité d'une telle révolution est l'assurance de nécessaires évolutions.

Annexe

Au 1^{er} novembre 2013 vingt et un arrêts en « manquement sur manquement » ont été rendus.

Affaires introduites au titre de l'article 228 TCE

- C.J., 4 juillet 2000, Commission / Grèce, **aff. C-387/97**, *Rec.*, p. I-5047.
- C.J., 25 novembre 2003, Commission / Espagne, **aff. C-278/01**, *Rec.*, p. I-14141.
- C.J., Gde. ch., 12 juillet 2005, Commission / France, **aff. C-304/02**, *Rec.*, p. I-6263.
- [Trib., 19 octobre 2011, France / Commission, *aff. T-139/06*, *Rec.*, p. II-731].
- C.J., Gde. ch., 14 mars 2006, Commission / France, **aff. C-177/04**, *Rec.*, p. I-2461.
- C.J., Gde. ch., 18 juillet 2006, Commission / Italie, **aff. C-119/04**, *Rec.*, p. I-6885.
- C.J., 18 juillet 2007, Commission / Allemagne, **aff. C-503/04**, *Rec.*, p. I-6153.
- C.J., 10 janvier 2008, Commission / Portugal, **aff. C-70/06**, *Rec.*, p. I-20.
- [Trib., 29 mars 2011, Portugal / Commission, *aff. T-33/09*, *Rec.*, p. II-1429].
- C.J., 9 décembre 2008, Commission / France, **aff. C-121/07**, *Rec.*, p. I-9159.

comme le prévoit l'article 88 du traité CECA, la responsabilité de prendre les décisions constatant les manquements et à laisser les États membres, en véritable désaccord avec ces décisions, les déférer, aux fins d'annulation, à la Cour. Le manquement serait définitivement établi dès l'expiration du délai de recours en annulation en l'absence de contestation de l'État membre, ou dès le rejet de ce recours » (rapport du groupe de réflexion sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes, janvier 2000, pp. 25-26). J.-P. Puissochet repousse une à une les objections qu'un tel système soulève (*op. cit.*, pp. 577-578).

- C.J., 4 juin 2009, Commission / Grèce, **aff. C-568/07**, *Rec.*, p. I-4505.
 C.J., 4 juin 2009, Commission / Grèce, **aff. C-109/08**, *Rec.*, p. I-4657.
 C.J., Gde ch., 7 juillet 2009, Commission / Grèce, **aff. C-369/07**, *Rec.*,
 p. I-5703.
 C.J., 10 septembre 2009, Commission / Portugal, **aff. C-457/07**, *Rec.*,
 p. I-8091.
 C.J., 31 mars 2011, Commission / Grèce, **aff. C-407/09**, *Rec.*, p. I-2467.
 C.J., 17 novembre 2011, Commission / Italie, **aff. C-496/09**, *Rec.*, p. I-11483

Affaires introduites au titre de l'article 260, paragraphe 2, TFUE

- C.J., Gde ch., 11 décembre 2012, Commission / Espagne, **affaire C-610/10**.
 C.J., 19 décembre 2012, Commission / Irlande, **aff. C-279/11**.
 C.J., 19 décembre 2012, Commission / Irlande, **aff. C-374/11**.
 C.J., 30 mai 2013, Commission / Suède, **aff. C-270/11**.
 C.J., Gde ch., 25 juin 2013, Commission / République tchèque, **aff. C-241/11**.
 C.J., 17 octobre 2013, Commission / Belgique, **aff. C-533/11**.
 C.J., Gde ch., 22 octobre 2013, Commission / Allemagne, **aff. C-95/12**.

CHAPITRE 4. LE POURVOI DEVANT LA COUR DE JUSTICE ET LA REFORME DU RÈGLEMENT DE PROCÉDURE DE LA COUR

Caroline NAÔMÉ¹

Introduction

Le pourvoi a été créé en 1988², lorsque le Tribunal de première instance a été institué. L'objectif était de décharger la Cour de catégories de recours exigeant l'examen de faits complexes, afin de lui permettre de se concentrer sur l'interprétation uniforme du droit communautaire. Un pourvoi limité aux questions de droit permettait à la Cour de garder le contrôle de l'uniformité de l'interprétation et de l'application du droit communautaire tout en améliorant la protection juridictionnelle du justiciable par la création de ce double degré de juridiction.

Seuls les principes essentiels figuraient dans le statut de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après le « Statut ») ou dans le règlement de procédure de celle-ci : en particulier, pourvoi limité aux questions de droit, possibilité de former un pourvoi incident, possibilité pour la Cour, après une annulation, d'évoquer et de statuer elle-même lorsque le litige est « en état d'être jugé » ou de renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il statue. C'est par la jurisprudence que se sont développées certaines règles : la précision de la requête, la distinction entre le fait et le droit, la possibilité de procéder par substitution de motifs, le contrôle de la dénaturation, ou encore la recevabilité de pourvois dirigés contre des décisions relatives à la recevabilité du recours initial. Cette jurisprudence a été enrichie par le Tribunal de l'Union européenne (ci-après le « Tribunal »),

¹ L'auteur est référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne. Il s'exprime à titre personnel et ses écrits n'engagent en aucune manière l'institution pour laquelle il travaille. Il peut être contacté à l'adresse caroline.naome@skynet.be. L'auteur remercie Th. Erniquin pour sa relecture et ses conseils.

² Décision 88/591/CECA, CEE, Euratom du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes (*J.O. L 319*, p. 1 ; rectificatif, *J.O. L 241*, p. 4).

lorsqu'il est lui-même devenu juge de cassation après la création du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (ci-après le « T.F.P. »)³.

Malgré le développement de la jurisprudence, le pourvoi est un contentieux difficile. Relevons tout d'abord que, au niveau national, il est souvent confié à des avocats spécialisés. Ensuite, même si le pourvoi devant le Cour comporte certains traits du pourvoi de droit français et de la *Revision* du droit allemand⁴, il est plaidé et jugé par des juristes venant de systèmes juridiques divers qui, selon le cas, soit ne connaissent pas un contentieux utilisant des techniques similaires, soit sont influencés par leur droit national⁵. Outre une différence d'approches en ce qui concerne certains aspects, la Cour a été appelée à préciser les règles relatives aux pouvoirs et aux devoirs du juge de première instance, en tenant compte de la variété du contentieux soumis au Tribunal, qui peut être de nature purement administrative, s'apparenter au droit pénal (gel des fonds, litiges disciplinaires dans la fonction publique, infractions aux règles de concurrence), ou encore être de nature civile (responsabilité extra contractuelle de l'Union, contrats soumis au Tribunal par une clause compromissoire). La Cour a notamment dû s'efforcer de préciser quels sont les moyens que le juge de première instance peut ou doit soulever d'office, quels sont ses pouvoirs lors de l'instruction du litige, ou encore quelle est l'intensité du contrôle juridictionnel requise du Tribunal. De telles questions sont transposables aux pouvoirs et aux devoirs de la Cour dans le cadre d'un pourvoi. Enfin, une vingtaine d'années de jurisprudence d'une juridiction dont le volume d'affaires est réduit au regard de celui traité par des juridictions nationales ne permet pas d'éclairer toutes les notions utilisées. À cet égard, la jurisprudence est peu développée en ce qui concerne, notamment, l'étendue de la cassation ou la notion de « décision » du Tribunal.

Le fait que le Tribunal soit une juridiction unique contribue, selon nous, à rendre le pourvoi devant la Cour difficilement comparable à d'autres recours de droit national. Lorsqu'une juridiction de cassation nationale casse un arrêt et renvoie l'affaire, c'est le plus souvent à une juridiction différente de celle qui a prononcé l'arrêt attaqué et cette juridiction réexaminera le litige dans la

³ Décision 2004/752/CE, Euratom du Conseil, du 2 novembre 2004, instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (*J.O.* L 333, p. 7).

⁴ Y. GALMOT, « Le Tribunal de première instance des Communautés européennes », *Rev. fr. dr. adm.*, 1989, pp. 567-578, p. 577.

⁵ Selon H. JUNG, le choix du terme « Rechtsmittel » dans le texte allemand du Statut est délibéré et est une manière d'éviter toute référence aux notions de « Revision » ou de « Kassation » qui pourraient créer des malentendus en raison des associations possibles de ces termes avec ces notions dans les droits nationaux (H. JUNG, *Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften*, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 53, n° 123). Voy. également L. DE GRYSSE et R. DUK, « De Europese cassatierechter », *S.E.W.*, 1998, pp. 368-380.

totalité. Lorsque la Cour de justice casse et renvoie, l'affaire revient devant le même Tribunal qui a prononcé l'arrêt attaqué, qui se demandera quels sont les éléments qu'il doit juger à nouveau. L'affaire pourra être attribuée à d'autres juges, mais pas nécessairement. Même si la Cour a annulé entièrement l'arrêt attaqué, il est vraisemblable que les parties craignent une confirmation pure et simple, par le Tribunal, des raisonnements qu'il avait développés dans l'arrêt attaqué. Cette crainte a pu être renforcée par certains arrêts du Tribunal relatifs à l'autorité de chose jugée des arrêts de première instance après le prononcé des arrêts sur pourvoi. Peut-être est-ce là l'une des explications du phénomène récent des pourvois incidents portant sur des parties des arrêts attaqués.

Un autre élément expliquant des pourvois portant sur des éléments du raisonnement du Tribunal est l'autorité non pas juridictionnelle, mais plutôt d'influence des arrêts des juridictions de l'Union. Il est difficile, pour les institutions et les États membres, d'accepter de laisser subsister, dans certains arrêts, des développements qu'ils désapprouvent, même s'ils sont d'accord avec la décision elle-même ou si celle-ci leur est indifférente. C'est pour ce même motif qu'avait été acceptée, en 1988, la possibilité pour les États membres et les institutions de l'Union, prévue par l'article 56 du Statut, de former un pourvoi dans les litiges dans lesquels ils ne sont pas intervenus devant le Tribunal⁶.

Enfin, il y a les méthodes de travail de la Cour et la pratique. Les affaires traitées en grande chambre, choisie comme formation de jugement lorsque se posent des questions de principe, se prêtent moins à des textes techniques que les arrêts de chambres à cinq ou à trois juges. Par ailleurs, certains juges procèdent plus volontiers à une substitution de motifs qu'à une cassation suivie d'une évocation, même s'il est nécessaire d'apprécier le fait. Enfin, peut-être en raison de la surcharge du Tribunal, la Cour a fréquemment eu recours à l'évocation, interprétant largement la notion de « litige en état d'être jugé ».

La refonte du règlement de procédure de la Cour clarifie certaines règles ou, à tout le moins, impose aux parties d'être attentives au déroulement de la procédure. Toutefois, force est de reconnaître que la cassation devant le juge de l'Union est un contentieux vivant, qui continuera sans doute de se développer en fonction de ses contraintes et de ses particularités.

Initiée en 2010, la refonte du règlement de procédure a tout d'abord été élaborée au sein du Comité règlement de procédure de la Cour, sur la base d'un avant-projet préparé par le président de ce comité, M. le juge A. Rosas. Le texte a ensuite été débattu par les membres de la Cour en réunion générale, modifié

⁶ À l'exception des litiges opposant l'Union à ses agents. Selon Y. Galmot, cette possibilité de pourvoi constitue, en quelque sorte, un « pourvoi dans l'intérêt de la loi » (Y. GALMOT, *op. cit.*, p. 577).

et approuvé. Après sa traduction dans toutes les langues officielles, il a été communiqué au Conseil le 25 mai 2011, accompagné d'un exposé des motifs⁷. Il a fait l'objet de discussions au sein du groupe de travail « Cour de justice » du Conseil⁸ qui a fait diverses remarques et a suggéré plusieurs modifications. Un deuxième texte a été communiqué par la Cour au Conseil le 21 décembre 2011⁹ et, le texte final, le 15 mars 2012¹⁰. Après l'approbation du Conseil, le 24 septembre 2012, le nouveau règlement de procédure a été adopté par la Cour le 25 septembre 2012. Il a été publié le 29 septembre 2012¹¹ et est entré en vigueur le 1^{er} novembre 2012, conformément à son article 210.

Dans cette contribution, nous nous concentrerons sur la question de l'objet du pourvoi, qui semble avoir présenté, ces dernières années, des difficultés importantes pour les parties (I). Nous mentionnerons ensuite d'autres modifications apportées par la refonte et relatives à la précision de la requête (II), aux parties au pourvoi (III), à la notion de « litige en état d'être jugé » (IV), à la possibilité de statuer par ordonnance dans le cas de pourvois manifestement fondés (V), au caractère accessoire du pourvoi incident (VI) et à l'aide juridictionnelle (VII).

I. – L'objet du pourvoi

En ce qui concerne le pourvoi principal, l'article 113, paragraphe 1, de l'ancien règlement de procédure (ci-après l'« ancien RP ») prévoyait que les conclusions du pourvoi « tendent à l'annulation, totale ou partielle, de la décision du Tribunal et à ce qu'il soit fait droit, en tout ou en partie, aux conclusions présentées en première instance, à l'exclusion de toute conclusion nouvelle ». L'expression « pourvoi incident » n'apparaissait pas dans l'ancien RP, mais l'article 117, paragraphe 2, prévoyait la présentation d'un mémoire en réplique « lorsque les conclusions d'un mémoire en réponse ont pour objet l'annulation, totale ou partielle, de la décision du tribunal sur un moyen qui n'avait pas été soulevé dans le pourvoi ».

À présent, l'article 169, paragraphe 1, du nouveau règlement de procédure (ci-après le « nouveau RP ») prévoit que « [l]es conclusions du pourvoi tendent

⁷ Document 11147/11 du Conseil, du 11 juin 2011.

⁸ Ce groupe est composé de représentants des États membres, familiers du contentieux des juridictions de l'Union, et de la Commission.

⁹ Document 5140/12 du Conseil, du 10 janvier 2012.

¹⁰ Document 8020/12 du Conseil, du 22 mars 2012 ; voy. également le document 12845/12 du Conseil, du 23 juillet 2012, relatif à l'entrée en vigueur.

¹¹ *J.O.* L 265, p. 1 ; il a également été publié avec un tableau de concordance au *J.O.* C 337, p. 1, mais c'est la date de publication au *J.O.* L qui est prise en considération pour déterminer la date d'entrée en vigueur.

à l'annulation, totale ou partielle, de la décision du Tribunal telle qu'elle figure au dispositif de cette décision ».

L'article 170 du nouveau RP, intitulé « conclusions en cas d'accueil du pourvoi », prévoit que « les conclusions du pourvoi tendent, si celui-ci est déclaré fondé, à ce qu'il soit fait droit, en tout ou en partie, aux conclusions présentées en première instance, à l'exclusion de toute conclusion nouvelle » et que « lorsque le requérant demande, en cas d'annulation de la décision attaquée, que l'affaire soit renvoyée devant le Tribunal, il expose les raisons pour lesquelles le litige n'est pas en état d'être jugé par la Cour ».

L'article 178, paragraphes 1 et 2, du nouveau RP, relatif au pourvoi incident, est libellé comme suit :

« 1. Les conclusions du pourvoi incident tendent à l'annulation, totale ou partielle, de la décision du Tribunal. 2. Elles peuvent également tendre à l'annulation d'une décision, explicite ou implicite, relative à la recevabilité du recours devant le Tribunal ».

Nous nous efforcerons d'expliquer ces textes à la lumière du développement de la jurisprudence.

A. *La contestation de la recevabilité du recours initial*

À plusieurs reprises s'est posée la question de savoir s'il était possible de contester la décision – ou l'absence de décision – relative à la recevabilité du recours initial. Cette question présente différents aspects.

1. *Contestation, par un pourvoi principal, du rejet d'une exception d'irrecevabilité de la demande initiale alors que le Tribunal a rejeté le recours au fond, si bien que le demandeur sur pourvoi peut être considéré comme n'ayant pas d'intérêt à agir ; contestation par un pourvoi incident*

Cet aspect a été débattu pour la première fois dans l'affaire *Comafrika*¹². La Commission avait soulevé, en première instance, une exception d'irrecevabilité que le Tribunal avait jointe au fond. Dans son arrêt, il a déclaré le recours recevable, mais l'a rejeté au fond. La République française, qui n'était pas partie au litige devant le Tribunal, a formé un pourvoi tendant à l'annulation partielle de l'arrêt du Tribunal en tant qu'il a rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée

¹² C.J., 21 janvier 1999, *France/Comafrika e.a.*, C-73/97 P, *Rec.*, p. I-185.

par la Commission. Dans un arrêt de 1999, la Cour n'a pas pris position sur la recevabilité du pourvoi, mais a statué directement sur son bien-fondé, a annulé l'arrêt attaqué et a déclaré le recours initial irrecevable. M. l'avocat général Mischo traite cependant de la recevabilité du pourvoi dans ses conclusions. Il considère que le Tribunal a pris deux décisions, l'une sur la recevabilité du recours et la seconde sur le fond, et qu'un pourvoi doit être possible à l'encontre de chacune d'entre elles même si, formellement, cela n'a pas d'incidence sur le dispositif de l'arrêt attaqué¹³. Dans un arrêt *Lamberts* de 2004¹⁴, la Cour a accepté le pourvoi principal en relevant que le Médiateur avait partiellement succombé en ses conclusions et, dans l'arrêt *max.mobil* de 2005¹⁵, elle admit explicitement la recevabilité du pourvoi principal¹⁶. Cette solution a été étendue au pourvoi incident formé contre la décision déclarant le recours initial recevable, dans l'arrêt *Wunenburger* de 2007¹⁷. La Cour constate que la Commission a soulevé une exception de non-lieu à statuer devant le Tribunal et déclare recevable le pourvoi incident.

2. *Contestation de la décision du Tribunal de joindre une exception d'irrecevabilité au fond et de ne pas statuer sur cette exception, que ce soit par un pourvoi principal ou par un pourvoi incident*

Ce deuxième aspect était présent dans une affaire *Boehringer*¹⁸, dans laquelle le Tribunal n'avait pas statué sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Conseil, mais avait rejeté le recours au fond. La Cour a rejeté le pourvoi du Conseil par un arrêt de 2002, relevant qu'il avait obtenu satisfaction quant au fond¹⁹, que l'arrêt attaqué ne contenait pas de décision sur la recevabilité²⁰ et qu'il appartenait au Tribunal d'apprécier si une bonne administration de la justice justifiait, dans les circonstances de l'espèce, de rejeter au fond le recours dans cette affaire sans statuer sur l'exception d'irrecevabilité²¹.

¹³ Conclusions, points 12 et 13.

¹⁴ C.J., 23 mars 2004, *Médiateur/Lamberts*, C-234/02 P, *Rec.*, p. I-2803, points 32 et 33.

¹⁵ C.J., 22 février 2005, *Commission/max.mobil*, C-141/02 P, *Rec.*, p. I-1283, points 49 à 51.

¹⁶ Voy. également C.J., 10 septembre 2009, *Commission/Ente per le Ville Vesuviane et Ente per le Ville Vesuviane/Commission*, C-445/07 P et C-455/07 P, *Rec.*, p. I-7993, points 40 et 41, et les conclusions de M^{me} l'avocat général Kokott sous cet arrêt, points 30 à 41.

¹⁷ C.J., 7 juin 2007, *Wunenburger/Commission*, C-362/05 P, *Rec.*, 2007 p. I-4333 (l'exception en l'espèce n'était pas une exception d'irrecevabilité, mais bien de non-lieu à statuer), et C.J., 21 décembre 2011, *A2A/Commission*, C-320/09 P, non encore publié au *Rec.*, points 55 à 62 et 68 à 72 (solution implicite).

¹⁸ C.J., 26 février 2002, *Conseil/Boehringer*, C-23/00 P, *Rec.*, p. I-1873.

¹⁹ Point 48 de l'arrêt *Conseil/Boehringer*.

²⁰ Point 51 de l'arrêt *Conseil/Boehringer*.

²¹ Point 52 de l'arrêt *Conseil/Boehringer*.

Cette jurisprudence a été confirmée par la suite dans plusieurs décisions de la Cour et du Tribunal²².

3. *Contestation d'une décision d'irrecevabilité au motif qu'elle aurait dû être fondée sur un autre principe de droit que celui retenu par le Tribunal*

Dans l'affaire *Macrae Moat*²³, le requérant contestait la décision d'irrecevabilité du Tribunal pour non-respect de la procédure précontentieuse au regard de l'article 90 du statut des fonctionnaires. La Commission a conclu au rejet du pourvoi au motif que l'acte contesté par le requérant ne saurait être qualifié d'acte faisant grief. Considérant que la question relative à l'existence d'un acte faisant grief était préalable à celle relative à la régularité de la procédure précontentieuse, la Cour a procédé par substitution de motifs, a constaté que le dispositif de l'ordonnance attaquée était fondé et a rejeté le pourvoi comme manifestement non fondé, sans examiner le moyen du requérant.

4. *Contestation de la recevabilité du recours initial alors qu'aucune exception d'irrecevabilité n'a été soulevée devant le juge de première instance*

Ce quatrième aspect de la question semble tranché par un arrêt *Stadtwerke Schwäbisch Hall*²⁴, dans lequel la Cour a examiné la recevabilité du recours en annulation formé devant le Tribunal au motif que, saisie d'un pourvoi, elle *est tenue* de se prononcer, au besoin d'office, sur le moyen d'ordre public tiré de la méconnaissance de la condition, posée par l'article 230, quatrième alinéa, CE, selon laquelle un requérant ne peut demander l'annulation d'une décision dont il n'est pas le destinataire que s'il est directement et individuellement concerné par celle-ci. Cependant, la Cour fait plus souvent allusion à la *possibilité* de soulever d'office une exception d'irrecevabilité qu'à l'*obligation* de le faire²⁵.

²² C.J., 22 novembre 2007, *Cofradía de pescadores « San Pedro » de Bermeo e.a./Conseil*, C-6/06 P, *Rec.*, p. I-164*, points 20-22 ; de même, Trib. 22 mai 2008, *Ott e.a./Commission*, T-250/06 P, *RecFP*, p. I-B-1-11 et II-B-1-109, point 75.

²³ C.J., 3 décembre 1992, *Macrae Moat/Commission*, C-32/92 P, *Rec.*, p. I-6379

²⁴ C.J., 29 novembre 2007, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commission*, C-176/06 P, *Rec.*, p. I-170* ; voy. également Trib., 11 septembre 2013, *L/Parlement*, T-317/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 22.

²⁵ Il est intéressant de relever que la même hésitation entre possibilité et obligation existe en droit français (J. BORÉ et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 507, n° 82.333). Il est déjà arrivé que la Cour statue immédiatement au fond sans trancher une question de recevabilité (voy., p. ex., C.J., 23 octobre 2007, *Pologne/Conseil*, C-273/04, *Rec.*, p. I-8925, point 33, dans lequel « la Cour estime nécessaire de se prononcer d'emblée sur le fond de l'affaire »).

La jurisprudence *Stadtwerke Schwäbisch Hall*, si elle était confirmée, remettrait en question l'utilité d'une partie de la jurisprudence décrite ci-dessus. En effet, si le juge du pourvoi est tenu de contrôler d'office la décision – ou l'absence de décision – du juge de première instance sur la recevabilité du recours initial, l'absence d'exception d'irrecevabilité soulevée devant ce juge ne serait pas pertinente. Le requérant sur pourvoi pourrait plaider devant la Cour, non seulement que le juge de première instance aurait dû contrôler d'office la recevabilité du recours initial, mais également que la Cour elle-même est tenue de procéder au contrôle de la décision sur cette question. Même si cette jurisprudence *Stadtwerke Schwäbisch Hall* reste isolée ou minoritaire, les plaideurs peuvent toujours suggérer à la Cour d'effectuer le contrôle elle-même.

Le nouveau RP comporte une règle relative au pourvoi contre la décision de recevabilité du recours initial, puisque son article 178, paragraphe 2, prévoit que les conclusions du pourvoi incident peuvent également tendre à l'annulation d'une décision, explicite ou implicite, relative à la recevabilité du recours devant le Tribunal. Toutefois, une telle disposition n'existe pas en ce qui concerne le pourvoi principal.

Cette disparité dans le traitement des deux catégories de pourvois suscite des interrogations dans la doctrine. L'absence d'une telle disposition dans le chapitre relatif au pourvoi principal voudrait-elle dire que la Cour renonce à la jurisprudence *Lamberts/max.mobil* et ne consacre que la jurisprudence *Wunenburger* relative au pourvoi incident ? Selon certains auteurs, ce serait par inadvertance que le nouveau RP traiterai les deux pourvois de manière différente²⁶.

La différence de texte pourrait être expliquée par l'utilisation du terme « implicite », au regard de la jurisprudence *Boehringer*. L'article 178, paragraphe 2, du nouveau RP pourrait être interprété comme ouvrant la possibilité de contester la recevabilité d'un recours initial par pourvoi incident alors même que le juge de première instance ne se serait pas prononcé à cet égard, la décision au fond étant entendue comme une décision « implicite » de recevabilité. Une telle possibilité n'existerait pas dans un pourvoi principal, le requérant restant tenu de démontrer qu'il a soulevé une exception d'irrecevabilité devant le juge de première instance et d'identifier une décision relative à la recevabilité du recours initial, démontrant ainsi qu'il a partiellement succombé en ses conclusions²⁷. Une telle interprétation ne remettrait pas en cause la jurisprudence *Lamberts/max.mobil*.

²⁶ D. DITTERT, « Die neue Verfahrensordnung des EuGH », *EuZW*, 2013, pp. 726-732 ; P. IANNUCELLI, « La réforme des règles de procédure de la Cour de justice », *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, pp. 107-132.

²⁷ Voy. C.J., 10 septembre 2009, *Commission/Ente per le Ville Vesuviane et Ente per le Ville Vesuviane/Commission*, C-445/07 P et C-455/07 P, *Rec.*, p. I-7993, points 40 et 41, ainsi que les conclusions de M^{me} l'avocat général Kokott sous cet arrêt, points 30 à 37.

B. *La contestation de la motivation de l'arrêt attaqué*

Il ne fait pas de doute qu'est irrecevable le pourvoi par lequel est uniquement demandée une substitution de motifs²⁸. Le problème est plus complexe lorsqu'une telle demande fait partie d'un autre argument.

Ces dernières années ont vu se multiplier des demandes visant à l'annulation d'une partie de la motivation de l'arrêt attaqué et qualifiées de pourvoi incident, de pourvoi autonome, de pourvoi incident subsidiaire ou conditionnel²⁹ (pour le cas où la Cour ferait droit au pourvoi principal)³⁰, d'observations supplémentaires³¹, de moyen autonome³² ou de demande de substitution de motifs, lorsque les parties n'invoquent pas plusieurs de ces qualifications pour la même demande, laissant ainsi le choix à la Cour³³. Par ailleurs, on trouve de véritables pourvois incidents dissimulés sous des demandes d'irrecevabilité du pourvoi³⁴ ou des moyens de défense.

Le pourvoi incident a un statut procédural particulier. Lorsqu'une partie forme un pourvoi incident, un nouvel échange de mémoires est prévu par le règlement de procédure. Lorsqu'une demande n'est pas un pourvoi incident, c'est aux autres parties à la procédure de demander l'autorisation de déposer un mémoire en réplique, en invoquant les droits de la défense et la possibilité de prendre position sur la demande figurant dans le mémoire en réponse. Qualifier à tort un moyen de défense de pourvoi incident ou, à l'inverse, qualifier de moyen de défense ce qui est en réalité un pourvoi incident peut entraîner des difficultés pratiques³⁵ et des retards lors de la procédure écrite.

²⁸ C.J., 15 novembre 2012, *Al-Aqsa/Conseil et Pays-Bas/Al-Aqsa*, C-539/10 P et C-550/10 P, non encore publié au *Rec.*, points 40 à 50.

²⁹ On trouve de tels pourvois incidents conditionnels dans les affaires C-401/12 P à C-403/12 P (pourvoi contre Trib. 14 juin 2012, *Vereniging Milieudefensie et Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht/Commission*, T-396/09, non encore publié au *Rec.*) et dans les affaires C-404/12 P et C-405/12 P (pourvoi contre Trib., 14 juin 2012, *Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe/Commission*, T-338/08, non encore publié au *Rec.*).

³⁰ Voy., p. ex., les conclusions des Pays-Bas telles que synthétisées par l'avocat général au point 8 des conclusions présentées sous C.J., 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *Rec.*, p. I-7671).

³¹ C.J., 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06 P, *Rec.*, p. I-4951, points 186 à 188.

³² C.J., 22 septembre 2011, *Belgique/Deutsche Post e.a.*, C-148/09 P, *Rec.*, p. I-8573, point 50.

³³ Voy. notamment C.J., 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commission*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec.*, p. I-9291.

³⁴ C.J., 17 juillet 2008, *Campoli/Commission*, C-71/07 P, *Rec.*, p. I-5387.

³⁵ Si le greffe a des doutes sur la nature de pourvoi incident d'un document, il demandera des instructions au président de la Cour, lequel ne statuera qu'après avoir consulté le juge rapporteur et l'avocat général chargés de l'affaire. Ceux-ci ne pourront prendre position qu'après avoir étudié les pièces du dossier, pour autant qu'elles existent dans une langue qu'ils comprennent, ce qui peut nécessiter l'attente de la traduction des pièces vers la langue de travail.

Outre ces difficultés pratiques, une qualification erronée peut entraîner la sanction irrémédiable de l'irrecevabilité ou du refus de prendre en considération l'argument présenté. C'est ainsi que la Cour a déclaré irrecevables une demande d'irrecevabilité du pourvoi principal qualifiée par la Commission de pourvoi incident³⁶, une demande de substitution de motifs présentée par la Commission et que la Cour ne peut qualifier ni de moyen de défense ni de pourvoi incident³⁷, une demande, qualifiée par la Commission de pourvoi incident, visant à faire déclarer que le pourvoi principal n'est pas fondé³⁸, ainsi que des « observations supplémentaires » présentées par la Commission et que la Cour ne peut identifier comme pourvoi incident³⁹. Le Tribunal, statuant sur pourvoi d'un arrêt du T.F.P., a également déclaré irrecevables deux pourvois incidents présentés par la Commission et le Conseil et visant plutôt, selon le Tribunal, à la substitution de certains motifs de l'arrêt attaqué⁴⁰.

Quelques décisions d'irrecevabilité de faux pourvois incidents pourraient avoir déplacé le débat vers la question de la recevabilité de demandes de substitutions de motifs⁴¹.

Certains arrêts s'en tiennent à la qualification proposée par le plaideur⁴², tandis que d'autres attestent de la bienveillance de la Cour qui procède à l'analyse de l'argument pour tenter de le qualifier elle-même⁴³. La Cour a accepté de traiter des « pourvois incidents » qui, en réalité, remettent en cause les prémisses du raisonnement du juge de première instance⁴⁴ ou constituent plutôt des conclusions sur le recours initial, pour le cas où le pourvoi formé par la partie adverse serait accueilli⁴⁵. Elle a accepté également des qualifications

³⁶ C.J., 17 juillet 2008, *Campoli/Commission*, C-71/07 P, *Rec.*, p. I-5887.

³⁷ C.J., 21 décembre 2011, *Iride/Commission*, C-329/09 P, non encore publié au *Rec.*, points 47 à 51.

³⁸ C.J., 15 novembre 2012, *Al-Aqsa/Conseil et Pays-Bas/Al-Aqsa*, C-539/10 P et C-550/10 P, non encore publié au *Rec.*, points 93 à 96.

³⁹ C.J., 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06 P, *Rec.*, p. I-4951, points 186 à 188. La Cour estime qu'il n'y a pas lieu de prendre position sur ces observations.

⁴⁰ Trib., 14 décembre 2011, *De Luca/Commission*, T-563/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 34.

⁴¹ C.J., 11 juillet 2013, *Ziegler/Commission*, C-439/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 42 à 49, et conclusions de M^{me} l'avocat général Kokott sous cet arrêt, points 23 à 29.

⁴² Par exemple, dans les arrêts *Al-Aqsa* et *De Luca/Commission*, précités.

⁴³ C.J., 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commission*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec.*, p. I-9291, point 38.

⁴⁴ C.J., 9 septembre 2008, *FIAMM e.a./Conseil et Commission*, C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, points 161 à 163 ; voy. également le pourvoi incident formé par la Commission tel que décrit par l'avocat général Bot au point 55 des conclusions sous C.J., 19 avril 2012, *Artogodan/Commission et Allemagne*, C-221/10 P, non encore publié au *Rec.*

⁴⁵ Voy. C.J., 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *Rec.*, p. I-7671.

proposées par les parties, telle que celle de « moyen autonome »⁴⁶, sans, semble-t-il, se poser la question du statut procédural d'un tel moyen.

Il n'est pas simple de résoudre les problèmes qui sont liés à ces confusions, en ce compris l'insécurité juridique des parties qui risquent de voir déclarer irrecevable ce qui pourrait être considéré comme un moyen de défense ou un moyen présenté pour l'hypothèse d'une annulation suivie d'une évocation. Une première démarche est de chercher à comprendre les causes des demandes diverses formées par les parties devant la Cour. S'agit-il d'erreurs ou de réponses à une nécessité ? Le nouveau règlement de procédure apportera-t-il plus de clarté ?

Parmi les causes de telles demandes, on relèvera la technicité du contentieux, sa nouveauté et la diversité des systèmes juridiques familiers des plaideurs et des juges⁴⁷. Des influences de droit national ne sont pas à exclure. Un autre élément important est l'autorité qui est reconnue aux arrêts de la Cour par la doctrine et les praticiens et leur importance pour des décisions administratives ultérieures. Tel était sans doute le souci de la Commission dans l'affaire *GlaxoSmithKline Services/Commission*. La requérante contestait la conclusion du Tribunal selon laquelle un accord avait produit un effet concurrentiel. La Commission contestait le pourvoi, mais demandait en outre une substitution de motifs en ce qui concerne le raisonnement du Tribunal concluant à l'absence d'objet concurrentiel de l'accord. La Cour a examiné cette demande, après avoir justifié la nécessité de l'examen prioritaire des arguments relatifs à l'objet concurrentiel de l'accord par rapport à ceux relatifs à son effet concurrentiel⁴⁸.

Il est également possible que les plaideurs veuillent tirer profit de la procédure de pourvoi pour éviter de se retrouver, pour ce qui concerne certains moyens, dans la même situation qu'après le premier arrêt. Dans une affaire d'aides d'État⁴⁹, dans laquelle il importe, en principe, de prouver que quatre critères sont remplis pour démontrer qu'un avantage dont a bénéficié une entreprise constitue une aide illégale, le Tribunal avait jugé qu'il y avait eu avantages financés par des ressources d'État, mais que le critère de la sélectivité n'était pas rempli, en sorte qu'il a rejeté le recours. La Commission contestait la réponse relative à la sélectivité. Les Pays-Bas concluaient, à titre principal, au

⁴⁶ C.J., 22 septembre 2011, *Belgique/Deutsche Post e.a.*, C-148/09 P, *Rec.*, p. I-8573, point 50, ainsi que les conclusions présentées par M. l'avocat général Jääskinen dans cette affaire.

⁴⁷ Le pourvoi incident n'est pas connu en droit belge, mais bien en droits allemand [§ 554 du ZPO (code de procédure civile) Anschlussrevision], français (articles 614 et 1010 du code de procédure civile), et néerlandais (articles 410 et 427 du code de procédure civile). Sa portée semble différente selon les droits.

⁴⁸ C.J., 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commission*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec.*, p. I-9291, points 55 à 57.

⁴⁹ C.J., 8 septembre 2011, *Commission/Pays-Bas*, C-279/08 P, *Rec.*, p. I-7671.

rejet du pourvoi et, à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la Cour accueillerait le pourvoi, « par voie de pourvoi incident », à l'annulation de l'arrêt attaqué en ce qu'il rejette le moyen tiré de l'absence d'avantages financés par des ressources d'État. Interprétant les conclusions des Pays-Bas comme un pourvoi incident, la Cour statue sur ces deux critères, accueille le pourvoi de la Commission et rejette le pourvoi incident des Pays-Bas. Après avoir annulé l'arrêt attaqué et évoqué le litige, elle statue sur le recours au fond par référence aux points antérieurs de l'arrêt⁵⁰.

À première vue, la demande des Pays-Bas ne concernait pas le pourvoi, mais le litige au fond. Il est possible que cette demande, formulée dans un pourvoi incident, s'explique par le souci des Pays-Bas que, en cas d'annulation de l'arrêt attaqué pour une erreur de droit relative à la sélectivité de l'aide étatique alléguée et de renvoi au Tribunal, celui-ci ne juge à nouveau que ce qui a été cassé par l'arrêt de la Cour, ne laissant au gouvernement néerlandais aucune chance d'obtenir une décision différente de la première en ce qui concerne le critère relatif aux avantages financés par des ressources d'État. Les Pays-Bas auraient donc dû attendre d'avoir perdu le litige à la suite d'un nouvel arrêt du Tribunal pour pouvoir contester le rejet de leur moyen tiré de l'absence d'avantages financés par des ressources d'État⁵¹.

Par ailleurs, après un arrêt de la Cour cassant un arrêt du Tribunal, le président du Tribunal peut – mais n'est pas tenu de – attribuer l'affaire à une autre chambre composée du même nombre de juges⁵². S'il s'agit de la formation plénière ou de la grande chambre, c'est la même formation qui statuera après le renvoi⁵³. En outre, rien n'interdit que ce soit le même juge rapporteur qui traite l'affaire après renvoi. Ces règles n'ont pas été remises en cause par la Cour dans son arrêt *Chronopost e.a./Ufex e.a.*⁵⁴ de 2008. À la suite d'un premier arrêt de la Cour sur pourvoi⁵⁵, l'affaire a été traitée après renvoi par une chambre autrement composée⁵⁶ du Tribunal, mais présidée par le même juge

⁵⁰ Cette manière de procéder pourrait créer un problème au regard du principe du contrôle de droit prévu par le Statut. En effet, lorsque la Cour statue dans le cadre du pourvoi, son contrôle est limité aux questions de droit. Lorsqu'elle statue sur le litige au fond après évocation, son contrôle est le même que celui du juge de première instance, à savoir en droit et en fait.

⁵¹ Cela supposerait que la Cour ait procédé à une cassation totale de l'arrêt attaqué. Si on se place dans l'hypothèse d'une cassation partielle avec autorité de chose jugée de la partie non affectée par l'arrêt de la Cour, les Pays-Bas se seraient trouvés dans l'impossibilité de contester le rejet de leur moyen.

⁵² Article 118, paragraphe 1, du règlement de procédure du Tribunal.

⁵³ Article 118, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal.

⁵⁴ C.J., 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste/UFEX e.a.*, C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, points 44 à 66.

⁵⁵ C.J., 3 juillet 2003, *Chronopost e.a./Ufex e.a.*, C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P, *Rec.*, p. I-6993.

⁵⁶ En raison, semble-t-il, d'un renouvellement partiel du Tribunal. Voy. le point 17 de l'arrêt de la Cour de 2008.

rapporteur. Sur un deuxième pourvoi, la Cour a jugé que le fait que le même juge présent dans les deux formations successives se soit vu confier les fonctions de juge rapporteur est par lui-même sans incidence sur l'appréciation du respect de l'exigence d'impartialité du Tribunal. Par ailleurs, citant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour a rappelé qu'il ne saurait être posé en principe général découlant du devoir d'impartialité qu'une juridiction annulant une décision administrative ou judiciaire aurait l'obligation de renvoyer l'affaire à une autre autorité juridictionnelle ou à un organe autrement constitué de cette autorité. La Cour a conclu qu'il n'était pas établi, en l'espèce, que la formation qui a rendu l'arrêt attaqué aurait été composée irrégulièrement en raison de la seule présence en son sein d'un membre du Tribunal ayant déjà siégé dans la formation qui avait eu à connaître précédemment de l'affaire.

Il ressort de la pratique du Tribunal que, avant l'introduction du pourvoi dans cette affaire *Chronopost*, le président du Tribunal confiait régulièrement l'affaire après renvoi au juge rapporteur qui avait connu de l'affaire dans le cadre du premier arrêt, afin d'éviter les pertes de temps liées à la prise de connaissance du dossier. Après une suspension de cette pratique dans l'attente de l'arrêt de la Cour, le Tribunal l'a reprise.

Les soucis des plaideurs ont pu être renforcés par la jurisprudence du Tribunal relative à l'autorité de la chose jugée de ses arrêts. Dans de nombreux cas, la Cour, saisie sur pourvoi, procède à une annulation partielle de l'arrêt attaqué⁵⁷. Dans une affaire de concurrence *Cascades/Commission*⁵⁸, la Cour avait annulé l'arrêt du Tribunal dans la mesure où il imputait à Cascades la responsabilité des infractions commises par ses deux filiales avant qu'elle ne les ait acquises. Devant le Tribunal, Cascades remettait en cause sa désignation comme « chef de file » du cartel alors que, dans le cadre de son pourvoi, elle n'avait pas contesté l'appréciation du Tribunal sur ce point dans l'arrêt attaqué. Le Tribunal⁵⁹ juge à cet égard que son appréciation sur ces points de fait et de droit est revêtue définitivement de l'autorité de la chose jugée, dès lors que ces points ont été effectivement tranchés par le premier arrêt du Tribunal et qu'ils ne sont pas affectés par l'annulation partielle de cet arrêt, celui-ci n'ayant été annulé par la Cour que dans la mesure où il impute à Cascades la responsabilité des infractions commises par les filiales antérieurement à leur acquisition.

⁵⁷ Sur les effets d'une annulation totale, voy. notamment Trib., 14 septembre 2011, *Marcuccio/Commission*, T-236/02, non encore publié au *Rec.*, points 81 à 88.

⁵⁸ C.J., 16 novembre 2000, *Cascades/Commission*, C-279/98 P, *Rec.*, p. I-9693.

⁵⁹ Trib., 28 février 2002, *Cascades/Commission*, T-308/94, *Rec.*, p. II-813, points 67 à 72.

Par ailleurs, le Tribunal justifie pourquoi l'annulation partielle est sans incidence sur la qualification de « chef de file ».

Si cet arrêt *Cascades* ne nous semble pas prêter à critique⁶⁰, il pose la question de savoir ce qui peut constituer une décision du Tribunal. Celui-ci est cependant allé beaucoup plus loin que l'arrêt *Cascades* dans un arrêt *Artegodan* du 3 mars 2010⁶¹. Dans un premier arrêt *Artegodan* de 2002⁶², le Tribunal avait jugé, en substance, que la Commission était incompétente pour adopter une décision et que, « à supposer même qu'elle ait été compétente », elle avait violé les dispositions d'une directive. Cet arrêt fut cassé par un arrêt de la Cour de 2003⁶³ dans lequel, « sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la Commission », la Cour confirme l'incompétence de cette dernière. Par son arrêt du 3 mars 2010, le Tribunal statue sur une demande en indemnité introduite par *Artegodan*. Dans des observations liminaires, il considère que, après l'arrêt de la Cour, la totalité de son raisonnement dans l'arrêt de 2002 non affecté par l'arrêt de la Cour a autorité de chose jugée, c'est-à-dire en ce comprise la partie relative à la violation de la directive⁶⁴. Le pourvoi introduit contre cet arrêt du Tribunal a été rejeté par la Cour par un arrêt de 2012⁶⁵. Dans une longue substitution de motifs⁶⁶, la Cour a rappelé que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'aux points de fait et de droit qui ont été effectivement ou nécessairement tranchés par la décision juridictionnelle en cause et que cette autorité ne s'attache pas qu'au dispositif de cette décision, mais s'étend aux motifs de celle-ci qui constituent le soutien nécessaire de son dispositif et en sont, de ce fait, indissociables. La portée de l'autorité de la chose jugée par l'arrêt du Tribunal de 2002 devait ainsi être déterminée à la lumière de l'arrêt de la Cour de 2003 et, dans ce contexte, il fallait tenir compte de la circonstance que la Cour a considéré qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le moyen tiré de la violation de la directive. Par conséquent, le dispositif du premier arrêt du Tribunal était uniquement soutenu par les motifs relatifs à l'incompétence de la Commission pour adopter la décision litigieuse, et le Tribunal a commis une erreur de droit en considérant que son raisonnement relatif à la violation de la directive avait autorité de chose jugée. Vu l'importance de cette

⁶⁰ Pour des décisions similaires de la Cour, mais moins explicites, voy. notamment C.J., 17 janvier 1995, *Publishers Association/Commission*, C-360/92 P, *Rec.*, p. I-23, point 34 ; C.J., 26 février 2002, *Commission/Boehringer*, C-32/00 P, *Rec.*, p. I-1917, points 64 et 65.

⁶¹ Trib., 3 mars 2010, *Artegodan/Commission*, T-429/05, *Rec.*, p. II-491.

⁶² Trib., 26 novembre 2002, *Artegodan e.a./Commission*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.*, p. II-4945.

⁶³ C.J., 24 juillet 2003, *Artegodan e.a./Commission*, C-39/03 P, *Rec.*, p. I-7885.

⁶⁴ Point 48 de l'arrêt du Tribunal.

⁶⁵ C.J., 19 avril 2012, *Artegodan/Commission et Allemagne*, C-221/10 P, non encore publié au *Rec.*

⁶⁶ Critiquée par S. ROSET, *Europe*, juin 2012, comm. 238.

affaire *Artegodan*⁶⁷, il n'est pas exclu que la décision du Tribunal du 3 mars 2010, même cassée par la Cour, fasse partie de la mémoire collective des plaideurs, qui préfèrent attaquer chaque point d'un arrêt plutôt que de risquer de se voir opposer l'autorité de chose jugée des points qu'ils n'ont pas contestés.

C'est également l'autorité de chose jugée qu'invoquait la requérante *Al-Aqsa* pour demander à la Cour de revoir certains motifs de l'arrêt attaqué. Elle soutenait que, à défaut, suite à une nouvelle décision de l'État membre conforme aux indications de l'arrêt du Tribunal, le Conseil adopterait une nouvelle décision de gel des fonds contre laquelle la requérante devrait mener une nouvelle procédure longue et coûteuse et risquait de se voir opposer l'autorité de chose jugée. La Cour déclare le pourvoi irrecevable au motif que l'autorité de chose jugée ne s'étend qu'aux motifs d'un arrêt qui constituent le soutien nécessaire de son dispositif et sont, de ce fait, indissociables⁶⁸, si bien que le pourvoi était dirigé contre la motivation de l'arrêt et non une décision du Tribunal.

La refonte du règlement de procédure peut contribuer à ce que les parties procèdent à une meilleure analyse de leurs demandes avant de les formuler.

Tout d'abord, l'article 176, paragraphe 2, du nouveau RP impose qu'un pourvoi incident soit formé par acte séparé, distinct du mémoire en réponse⁶⁹. Outre faciliter le travail du greffe en ce qui concerne l'identification des pourvois incidents, cette disposition renforce la distinction entre mémoire en réponse, dont les conclusions tendent à l'accueil ou au rejet, total ou partiel, du pourvoi (article 174 du nouveau RP), et pourvoi incident, dont les conclusions tendent à l'annulation, totale ou partielle, de la décision du Tribunal (article 178, paragraphe 1, du nouveau RP). L'article 178, paragraphe 3, dernière ligne, du nouveau RP complète cette distinction en prévoyant que les moyens et arguments invoqués dans le pourvoi incident doivent être distincts des moyens et arguments invoqués dans le mémoire en réponse⁷⁰.

Ces précisions devraient contraindre les plaideurs à analyser leur demande au moment du choix de la qualification de celle-ci. La sanction pourrait être

⁶⁷ Outre le fait que la première affaire devant la Cour avait fait l'objet de la première procédure accélérée dans le cadre d'un pourvoi et qu'elle a été jugée par l'assemblée plénière, elle avait été précédée d'une saga de décisions en référé.

⁶⁸ C.J., 15 novembre 2012, *Al-Aqsa/Conseil et Pays-Bas/Al-Aqsa*, C-539/10 P et C-550/10 P, non encore publié au *Rec.*, points 40 à 49. Les décisions de gel de fonds sont répétitives, car le Conseil réexamine régulièrement les listes.

⁶⁹ Le texte du projet initial prévoyait qu'à défaut d'acte séparé, le « pourvoi incident » ne produirait pas d'autres effets que ceux d'un mémoire en réponse, mais cette phrase a été supprimée lors des discussions au sein du groupe de travail.

⁷⁰ Le règlement de procédure ne prévoit cependant pas de sanction dans le cas où un plaideur répéterait les mêmes arguments dans les deux documents.

l'irrecevabilité ou l'absence de prise en considération des pourvois et moyens mal qualifiés et ne respectant pas les formes prescrites.

Tout comme l'article 169, paragraphe 1 du nouveau RP, l'article 178, paragraphe 1, prévoit que les conclusions du pourvoi incident tendent à l'annulation, totale ou partielle, de la décision du Tribunal. Afin d'éviter tout pourvoi ne portant que sur la motivation, l'article 169, paragraphe 1, relatif au pourvoi principal, prévoit qu'il s'agit de la décision du Tribunal « telle qu'elle figure au dispositif de cette décision ». Il y a cependant des hypothèses où la décision ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt attaqué, mais bien dans les motifs. C'est ce qu'a démontré le Tribunal, statuant sur pourvoi contre un arrêt du T.F.P., dans un arrêt *Lafili*⁷¹. Le Tribunal conclut qu'il ne peut y avoir de doute quant au fait que certains des chefs de conclusions présentés par le requérant ont été implicitement rejetés par le T.F.P. même si cela n'apparaît pas dans le dispositif de l'arrêt attaqué. On relèvera à cet égard que la Cour de cassation de Belgique applique le principe selon lequel toute décision du juge sur une contestation est du dispositif, quelle que soit la place de cette décision dans le texte du jugement ou de l'arrêt et quelle que soit la forme dans laquelle elle est exprimée⁷². En revanche, le droit français a écarté ce principe et prévoit que seul le dispositif d'un jugement peut faire l'objet d'un pourvoi, les motifs de ce jugement ne décidant rien par eux-mêmes⁷³.

La référence au dispositif de l'arrêt attaqué figurait également dans l'article relatif au pourvoi incident du premier projet soumis au Conseil, mais elle a été supprimée lors des discussions au sein du comité. Selon certains auteurs, cette suppression est justifiée par la possibilité de former un pourvoi incident contre la décision implicite relative à la recevabilité du recours initial, prévue par l'article 178, paragraphe 2, du nouveau RP⁷⁴. Selon nous, une interprétation *a contrario* plus large de cette disposition, en ce sens que la motivation pourrait être contestée dans le cadre d'un pourvoi incident, irait à l'encontre de l'exigence d'un intérêt à agir. Par ailleurs, elle pourrait être contraire au principe d'égalité de traitement, dès lors que le plaideur formant un pourvoi incident serait autorisé à demander l'annulation d'une motivation alors que le requérant ayant déposé le pourvoi principal ne le serait pas. Il n'est cependant pas

⁷¹ Trib., 2 juillet 2010, *Lafili/Commission*, T-485/08 P, non encore publié au *Rec.*, points 46 à 50.

⁷² Cass., 10 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 301 ; Cass., 29 mars 2001, R.G. n° C.00.0361.F.

⁷³ Voy. J. BORÉ et L. BORÉ, *La Cassation en matière civile*, *op. cit.*, n° 31.31. Sur l'explication de l'évolution du droit français à cet égard, voy. J. NORMAND, « L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif », <http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/jug_e_18625.html>, accédé le 13.11.2013.

⁷⁴ M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *C.D.E.*, 2012, pp. 603-669, note 123 ; J. WILDEMEERSCH, « Cour de justice : nouvelles règles de procédure », *J.D.E.*, 2013, p. 49-53.

exclu que la Cour interprète la notion de « décision » en ce sens qu'elle couvrirait le rejet de certains moyens, ainsi qu'elle l'a fait dans l'affaire *Commission/Pays-Bas* citée ci-dessus.

Enfin, l'article 170 du nouveau RP traite de manière séparée la phase postérieure à une éventuelle annulation de l'arrêt attaqué. Cela pourrait aider les parties à distinguer ce qui relève de la demande d'annulation formulée dans le pourvoi et ce qui constitue la demande relative au recours initial. À cet égard, aucune disposition n'interdit aux parties de demander à la Cour d'évoquer le litige et de statuer différemment du Tribunal. Les parties peuvent présenter, dans ce cadre, les arguments que certains développent actuellement dans des pourvois incidents ou des pourvois « subsidiaires » ou « conditionnels ».

II. – La précision du pourvoi

Outre les précisions relatives aux demandes, que nous venons d'évoquer, les articles 169, paragraphe 2, et 178, paragraphe 3, du nouveau RP prévoient que les moyens et arguments invoqués dans les pourvois principal et incident identifient avec précision les points de motifs de la décision du Tribunal qui sont contestés.

Cette disposition correspond à une jurisprudence constante⁷⁵. Jusqu'à présent, la Cour s'est toujours efforcée d'identifier elle-même les points de motifs contestés, même s'ils n'étaient pas précisés par les parties⁷⁶. Il est vraisemblable que la reprise de ce principe de précision dans le règlement de procédure annonce une application plus stricte de celui-ci⁷⁷.

III. – Les parties au pourvoi

L'article 114 de l'ancien RP de la Cour prévoyait que le pourvoi est signifié « à toutes les parties à la procédure devant le tribunal ». Par ailleurs, l'article 115, paragraphe 1, combiné à l'article 116, paragraphe 1, avait pour conséquence que toute partie à la procédure devant le Tribunal pouvait présenter un mémoire en réponse et former un pourvoi incident.

⁷⁵ Notamment, C.J., 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil/Commission*, C-352/98 P, *Rec.*, p. I-5291, point 34, et C.J., 8 janvier 2002, *France/Monsanto et Commission*, C-248/99 P, *Rec.*, p. I-1, point 68.

⁷⁶ Voy., p. ex., C.J., 18 juillet 2013, *Schindler Holding e.a./Commission*, C-501/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 43 à 45 et 81 à 84.

⁷⁷ Voy., p. ex., C.J., 7 novembre 2013, *Wam Industriale/Commission*, C-560/12 P, non encore publié au *Rec.*, point 32.

L'article 171, paragraphe 1, du nouveau RP prévoit à présent que le pourvoi est signifié « aux autres parties à l'affaire en cause devant le Tribunal ». Par ailleurs, conformément aux articles 172 et 176, paragraphe 1, seules les parties à l'affaire en cause devant le Tribunal *ayant un intérêt* à l'accueil ou au rejet du pourvoi peuvent présenter un mémoire en réponse et un pourvoi incident.

Le texte a été simplifié par rapport au projet initial, qui prévoyait qu'une partie n'a pas d'intérêt lorsqu'elle n'est pas partie au litige objet du pourvoi, notamment lorsque plusieurs litiges distincts ont été joints par le Tribunal dans une décision commune ou lorsque la requête initiale devant le Tribunal a été introduite au nom de plusieurs demandeurs et que la décision du Tribunal qui est contestée par le requérant sur pourvoi n'affecte que ce dernier. Les modifications du règlement de procédure visent notamment ces hypothèses.

À titre d'exemple de la première hypothèse, on rappellera les affaires « ciment ». Le Tribunal avait statué par un arrêt unique sur une quarantaine de recours formés par des entreprises ayant participé à un cartel⁷⁸. Six entreprises formèrent un pourvoi. La Cour décida que les six pourvois ne seraient notifiés qu'à la Commission et non à l'ensemble des parties mentionnées à l'arrêt du Tribunal. Une telle décision, motivée par des raisons pratiques⁷⁹, mais conforme à la jurisprudence sur la nature des décisions relatives à des cartels⁸⁰, aurait pu être contestée eu égard à l'imprécision du texte du règlement de procédure.

La deuxième hypothèse peut être illustrée par une ordonnance *É.R.*⁸¹. Plusieurs plaignants avaient introduit des demandes en dommages et intérêts par un recours unique. Le Tribunal avait déclaré l'une des demandes prescrite et avait jugé les autres non fondées. Un pourvoi unique au nom de tous les requérants initiaux fut introduit contre l'arrêt attaqué. La Cour considéra que le requérant dont la demande avait été jugée prescrite ne pouvait contester que cette décision et non celle jugeant les autres recours non fondés, dès lors que ce dernier point du dispositif de l'arrêt ne concernait pas un litige auquel ce requérant était partie.

⁷⁸ Trib., 15 mars 2000, *Cimenteries CBR e.a./Commission*, 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.

⁷⁹ La notification aurait dû être précédée d'une traduction des pourvois dans toutes les langues de procédure de l'arrêt attaqué. En outre, cela aurait pu inciter d'autres entreprises à former des pourvois incidents relatifs à leur propre recours, dont la recevabilité aurait été douteuse.

⁸⁰ Selon la jurisprudence, une décision relative à plusieurs entreprises ayant participé à un cartel doit s'analyser comme un faisceau de décisions individuelles. Il en va de même d'un arrêt (voy. C.J., 14 septembre 1999, *Commission/AssiDomän Kraft Products e.a.*, C-310/97 P, *Rec.*, p. I-5363, points 49 et suivants ; C.J., 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission*, 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, points 99-100).

⁸¹ C.J., 4 octobre 2007, *É.R. e.a./Conseil et Commission*, C-100/07 P, *Rec.*, p. I-136*.

Le texte du nouveau règlement de procédure tient compte de cette jurisprudence et devrait apporter une plus grande sécurité juridique en ce qui concerne la notion d'intérêt au pourvoi.

IV. – La notion de « litige en état d'être jugé »

Lorsque la Cour constate l'existence d'une erreur de droit dans l'arrêt attaqué, elle vérifie tout d'abord si cette erreur a une incidence sur le dispositif⁸².

La Cour peut également procéder par substitution de motifs. En principe, une telle substitution ne peut intervenir que pour des motifs de droit⁸³. Dernièrement, la Cour semble avoir utilisé assez souvent cette technique, même lorsque cela implique des appréciations de fait⁸⁴.

La Cour peut enfin annuler l'arrêt et renvoyer l'affaire au Tribunal, ou statuer elle-même sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé (article 61, premier alinéa, du Statut).

La Cour a fréquemment statué elle-même sur le litige. Entre 1997 et 2012, le taux d'évocations est d'environ 73 %⁸⁵. Parfois, elle a eu une conception étendue de la notion de « litige en état d'être jugé »⁸⁶. Dans bon nombre de cas où le pourvoi portait sur la recevabilité du recours initial, elle a procédé à une évocation partielle, statuant elle-même sur la recevabilité du recours et renvoyant l'affaire pour le surplus⁸⁷. Dans une affaire *Bouygues*, cependant, elle a évoqué et statué sur certains moyens du recours initial, renvoyant l'affaire au Tribunal pour l'examen des autres moyens⁸⁸.

⁸² Voy., p. ex., C.J., 23 avril 2013, *Gbagbo/Conseil*, C-478/11 P à C-482/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 64.

⁸³ C.J., 9 juin 1992, *Lestelle/Commission*, C-30/91 P, *Rec.*, p. I-3755, point 28) ; voy. les conclusions de M. l'avocat général Léger sous C.J., 12 novembre 1996, *Ojha/Commission*, C-294/95 P, *Rec.*, p. I-5863, point 179.

⁸⁴ C.J., 9 septembre 2008, *FIAMM e.a./Conseil et Commission*, C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, points 164 et suivants, C.J., 19 avril 2012, *Artogodan/Commission et Allemagne*, C-221/10 P, non encore publié au *Rec.*, note S. Roset, *Europe*, juin 2012, comm. 238 (l'auteur s'étonne de la double substitution de motifs), et C.J., 18 juillet 2013, *Commission e.a./Kadi* (Kadi II), C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, non encore publié au *Rec.*, note D. Simon, *Europe*, octobre 2013, comm. 389 (l'auteur relève que la Cour contrôle des éléments de fait et de droit).

⁸⁵ Ce taux peut être calculé à partir des statistiques judiciaires du Tribunal (Tableau « Résultat des pourvois ») disponible sur le site internet de la Cour de justice (<curia.europa.eu>).

⁸⁶ Voy. C.J., 16 juillet 2009, *Commission/Schneider Electric*, C-440/07 P, *Rec.*, p. I-6413 ainsi que l'ordonnance C.J., 9 juin 2010, *Commission/Schneider Electric*, C-440/07 P, *Rec.*, p. I-73*.

⁸⁷ P. ex., C.J., 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, C-362/08 P, *Rec.* p. I-669 ; C.J., 13 octobre 2011, *Deutsche Post/Commission*, C-463/10 P et C-475/10 P, *Rec.*, p. I-9639.

⁸⁸ C.J., 19 mars 2013, *Bouygues et Bouygues Télécom/Commission*, C-399/10 P et C-401/10 P, non encore publié au *Rec.* M. l'avocat général Mengozzi avait considéré qu'il était opportun de renvoyer l'affaire au Tribunal.

L'article 61, premier alinéa, du Statut ne précise pas si, lorsqu'elle évoque le litige, la Cour peut procéder à des appréciations de fait et de droit ou uniquement à des appréciations de droit. Au contraire du droit français ou du droit allemand⁸⁹, la Cour s'estime compétente pour trancher des questions de fait après avoir évoqué l'affaire⁹⁰. L'analyse de la jurisprudence montre que la Cour statue en fait dans tous les types de contentieux. Elle se réfère, selon le cas, aux constatations de fait effectuées par le Tribunal, aux éléments de fait contenus dans une décision administrative, mais également au recours devant le Tribunal ou, tout simplement, au « dossier » de l'affaire⁹¹.

La notion de « litige en état d'être jugé » n'a pas fait l'objet d'une définition uniforme dans la jurisprudence de la Cour. Il ne fait pas de doute qu'un litige n'est pas en état lorsqu'il nécessite encore une instruction, telle une expertise médicale⁹². Il en est de même lorsque le principe du contradictoire n'a pas été respecté. Dans l'affaire *M/EMEA*, l'EMEA avait soulevé une exception d'irrecevabilité et le T.F.P. a déclaré le recours irrecevable. Sur pourvoi, le Tribunal⁹³ a annulé l'arrêt attaqué, a déclaré le recours recevable et a statué sur la demande au fond, alors qu'EMEA n'avait pas eu l'occasion de présenter un mémoire à cet égard. Cette affaire a fait l'objet d'un réexamen⁹⁴. La Cour a jugé que le Tribunal a interprété de manière erronée et violé la notion de « litige en état d'être jugé » en statuant au fond dans de telles circonstances.

⁸⁹ Tel n'est pas le cas en droit français, dès lors que l'article 627, deuxième alinéa, du code de procédure civile prévoit que la Cour de cassation peut, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée. En droit allemand, le § 563 (3) du ZPO prévoit une *obligation* de statuer dans des circonstances similaires (lorsque l'annulation de l'arrêt attaqué n'intervient qu'en raison d'une erreur de droit lors de l'application de la loi à des circonstances de fait établies et que, à cet égard, l'affaire est en état d'être jugée définitivement). Selon la jurisprudence du Bundesgerichtshof, les faits devraient ressortir de l'arrêt dont appel, ou du procès-verbal d'audience devant la Cour d'appel (Musielak, ZPO, 10. éd., 2013, § 563, n° 20).

⁹⁰ P. ex., C.J., 4 juillet 1996, *Parlement/Innamorati*, C-254/95 P, *Rec.*, p. I-3423, point 40, C.J., 24 septembre 2002, *Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission*, C-74/00 P et C-75/00 P, *Rec.*, p. I-7869, point 144, C.J., 12 juillet 2005, *Commission/CEVA et Pfizer*, C-198/03 P, *Rec.*, p. I-6357, point 89, C.J., 15 septembre 2005, *BioID/OHMI*, C-37/03 P, *Rec.*, p. I-7975, points 67-74, C.J., 1^{er} juillet 2008, *Chronopost et La Poste/UFEX e.a.*, C-341/06 P et C-342/06 P, *Rec.*, p. I-4777, points 142 à 164, C.J., 29 juin 2010, *Commission/Technische Glaswerke Ilmenau*, C-139/07 P, *Rec.*, p. I-5885, point 68, et C.J., 3 mai 2012, *Espagne/Commission*, C-24/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 53 à 58. Voy. cependant, Trib. 16 septembre 2013, *De Nicola/BEI*, T-264/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 87, dans lequel le Tribunal, après avoir cassé un arrêt du Tribunal de la fonction publique, estime que le litige n'est pas en état notamment parce qu'il n'est pas compétent pour apprécier les faits.

⁹¹ P. ex., les arrêts *Parlement/Innamorati* et *Falck et Acciaierie di Bolzano/Commission*, cités à la note précédente.

⁹² C.J., 6 décembre 2007, *Marcuccio/Commission*, C-59/06 P, *Rec.*, p. I-182*, point 76.

⁹³ Trib., 6 mai 2009, *M/EMEA*, T-12/08 P, *RecFP*, p. I-B-1-00031 et II-B-1-00159.

⁹⁴ Le réexamen est une procédure prévue à l'article 62 du Statut, permettant à la Cour de réexaminer une décision du Tribunal rendue sur pourvoi. La décision ordonnant le réexamen est C.J., 24 juin 2009, C-197/09 RX, *Rec.*, p. I-12033. C.J., 17 décembre 2009, *Réexamen M/EMEA*, C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033.

Cependant, le doute nous semble permis lorsque la Cour juge qu'un litige n'est pas en état lorsque son examen « implique d'effectuer des appréciations de fait sur le fondement d'éléments qui n'ont pas été appréciés par le Tribunal ni débattus devant la Cour ». Formulée comme telle, la phrase laisse entendre que la Cour ne serait pas compétente pour trancher des questions de fait et qu'elle ne pourrait se prononcer que sur les éléments déjà appréciés par le Tribunal ou débattus devant elle, alors qu'il ressort de la jurisprudence que, après évocation, la Cour a effectué des appréciations de fait, notamment, sur la base du dossier de la procédure écrite devant le Tribunal⁹⁵. Par ailleurs, l'article 113, paragraphe 1, deuxième tiret, de l'ancien RP prévoyait que les conclusions du pourvoi tendent à ce qu'il soit fait droit, en tout ou en partie, aux conclusions présentées en première instance, si bien qu'il semble possible de considérer que, implicitement, les parties étaient invitées à s'exprimer devant la Cour sur les moyens développés dans le recours initial.

Malgré cette invitation, on peut se demander, lorsqu'on lit des documents dans les affaires de pourvois, si les parties ont bien compris que les conditions pour que la Cour ait le droit d'évoquer le litige et de le trancher elle-même sont le plus souvent considérées comme remplies par la Cour et que celle-ci agit en ce sens dans plus de 70 % des cas. Les conclusions des parties, lorsqu'elles existent⁹⁶, sont imprécises et ces parties ne prennent pas toujours la peine de prendre position sur le litige initial. Il en va de même lors des audiences, alors qu'elles sont une occasion, pour les parties, d'éclairer la Cour sur certains aspects de l'affaire. À tout le moins les parties pourraient-elles faire part à la Cour de leurs souhaits, soit qu'elle tranche elle-même, les parties craignant de retourner devant un Tribunal qui pourrait confirmer sa première appréciation, soit qu'elle renvoie l'affaire au Tribunal au motif que la procédure écrite était insuffisante pour que soit respecté le principe du contradictoire.

Le nouveau règlement de procédure contient un article 170, intitulé « conclusions en cas d'accueil du pourvoi », qui devrait alerter les parties sur l'importance de prendre position sur la phase du litige qui pourrait se dérouler en cas d'annulation. Si les parties ont l'obligation de conclure à cet égard, cela implique qu'elles ont la possibilité de présenter des moyens relatifs au recours initial.

⁹⁵ Autre chose est de constater que le Tribunal est mieux placé que la Cour pour effectuer l'examen des faits (p. ex., C.J., 24 mai 2012, *Formula One Licensing/OHMI*, C-196/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 57) ou la référence à des questions de fait complexes (p. ex., C.J., 22 avril 2008, *Commission/Salzgitter*, C-408/04 P, *Rec.*, p. I-2767, point 111), qui sont des indications d'opportunité plutôt que de droit.

⁹⁶ C.J., 14 décembre 2006, *Meister/OHMI*, C-12/05 P, *Rec.*, p. I-132*, point 107 ; voy. également Trib., 18 décembre 2008, *Belgique et Commission/Genette*, T-90/07 P et T-99/07 P, *Rec.*, p. II-3859, points 40 à 42. Le Tribunal refuse de déclarer le pourvoi du Royaume de Belgique irrecevable au motif qu'il ne contiendrait pas de conclusions tendant à ce qu'il soit fait droit, en tout ou en partie, aux conclusions présentées en première instance.

L'article 170, paragraphe 2, du nouveau RP impose que, lorsque le requérant demande, en cas d'annulation de la décision attaquée, que l'affaire soit renvoyée devant le Tribunal, il expose les raisons pour lesquelles le litige n'est pas en état d'être jugé par la Cour. Cette obligation de motiver la nécessité du renvoi au Tribunal laisse entendre qu'un tel renvoi n'est pas le principe et contraint les parties à réfléchir à l'état des débats. Par ailleurs, la motivation présentée devrait permettre d'alerter la Cour sur la nécessité d'un renvoi, par exemple pour respecter le contradictoire.

V. – Le caractère subsidiaire du pourvoi incident

L'article 183 du nouveau RP précise les conséquences d'un désistement ou d'une irrecevabilité manifeste du pourvoi principal pour le pourvoi incident. Il prévoit que le pourvoi incident est réputé dépourvu d'objet a) lorsque le requérant au pourvoi principal se désiste de celui-ci ; b) lorsque le pourvoi principal est déclaré manifestement irrecevable pour non-respect du délai de pourvoi, et c) lorsque le pourvoi principal est déclaré manifestement irrecevable au seul motif qu'il n'est pas dirigé contre une décision du Tribunal susceptible de faire l'objet d'un pourvoi au sens de l'article 56, premier alinéa, du Statut.

La question du caractère subsidiaire ou non du pourvoi incident n'a jamais été tranchée dans la jurisprudence. La précision apportée par la refonte devrait assurer une meilleure sécurité juridique en avertissant les parties sur les risques liés au caractère incident d'un pourvoi.

VI. – Le pourvoi manifestement fondé

Tout comme la Cour peut rejeter par ordonnance un pourvoi manifestement irrecevable ou manifestement non fondé, elle peut dorénavant accueillir par ordonnance un pourvoi manifestement fondé, en application de l'article 182 du nouveau RP, en faisant référence à la jurisprudence existante. L'objectif est notamment de permettre à la Cour de statuer par ordonnances dans des « séries » de pourvois portant sur la même question.

On trouve de telles « séries » dans les affaires de fonctionnaires⁹⁷. Le plus souvent, les plaideurs acceptaient que la juridiction de première instance ne traite qu'une « affaire pilote » et suspende les autres en attendant que la

⁹⁷ Ces affaires ne relèvent plus de la Cour comme juridiction de cassation, mais du Tribunal. On pourrait cependant imaginer des « séries » dans les affaires de gel de fonds, dès lors que ce sont parfois des catégories de personnes ou d'entreprises qui sont visées par les mesures.

Cour se prononce sur un pourvoi. Toutefois, un tel arrangement dépendait de la bonne volonté des plaideurs qui auraient tout aussi bien pu exiger du Tribunal qu'il statue dans leurs affaires⁹⁸. La Cour aurait ainsi pu être encombrée de pourvois similaires nécessitant procédure écrite (et donc traductions) et, selon le cas, audiences et conclusions, à moins que l'affaire soit suspendue.

L'article 182 du nouveau RP est une tentative de donner à la Cour un outil adéquat pour traiter de telles séries d'affaires. Par rapport au texte initial qui prévoyait qu'une telle ordonnance était adoptée sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, le texte définitif prévoit que les parties doivent également être entendues sur la proposition de résolution de l'affaire par voie d'ordonnance. Cette formalité supplémentaire réduit l'intérêt de l'ordonnance, dès lors qu'un arrêt sans audience ni conclusions est adopté plus rapidement qu'une ordonnance après avoir entendu les parties⁹⁹.

VII. – L'aide juridictionnelle

Les dispositions nouvelles relatives à l'aide juridictionnelle dans le contentieux des pourvois comblent une lacune en suspendant le délai de pourvoi pendant le temps nécessaire à l'adoption d'une décision sur la demande d'aide juridictionnelle en vue de former un pourvoi. Par ailleurs, elles résolvent un problème de gestion interne relatif au traitement de telles demandes.

Ce problème de gestion interne est lié à une modification du règlement de procédure intervenue à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Nice¹⁰⁰, qui a redéfini les formations de jugement et a introduit un système de listes permettant de déterminer la composition des formations de jugement¹⁰¹ respectant le

⁹⁸ Voy. Trib., 9 février 2000, *Valero Jordana et Vadé/Commission*, T-111/97, non publiée au *Rec.* Le Tribunal avait organisé une réunion à laquelle ont participé plusieurs parties à des affaires similaires. Les requérants ayant refusé l'accord selon lequel une affaire pilote serait désignée et les autres suspendues dans l'attente d'une décision de la Cour, le Tribunal a examiné leur recours et l'a déclaré irrecevable. Les requérants ont formé un pourvoi devant la Cour. Après que la Cour a fait droit aux recours des fonctionnaires dans les affaires pilotes, la Commission a indiqué à la Cour qu'elle traiterait les requérants de la même manière que les fonctionnaires des affaires pilotes. Ce n'est que deux ans plus tard que la Commission a adopté une décision satisfaisant les requérants. Par une ordonnance C.J., 22 avril 2003, *Valero Jordana et Vadé/Commission*, C-149/00 P, non publiée au *Rec.*, la Cour a prononcé un non-lieu à statuer et a condamné la Commission aux dépens.

⁹⁹ Outre le délai de réponse, il faut tenir compte du délai de traduction de ces réponses. Lorsque les conclusions n'ont plus été indispensables et lorsqu'aucune demande d'audience n'était faite dans une affaire préjudicielle, la Cour a préféré les arrêts aux ordonnances plutôt que de devoir entendre les intéressés visés à l'article 20 du Statut, conformément à l'article 104, paragraphe 3, de l'ancien RP.

¹⁰⁰ Modifications du règlement de procédure suite à l'entrée en vigueur du traité de Nice (*J.O.* L 147, p. 17).

¹⁰¹ La Cour constitue en son sein des chambres, auxquelles les juges sont affectés. Par exemple, les chambres à trois juges comportent en général quatre juges, mais les formations de jugement de trois juges n'en comportent

principe du juge légal¹⁰². Le point de repère pour la détermination de la formation de jugement étant la réunion générale de la Cour, toute demande d'aide juridictionnelle devait passer par la réunion générale pour déterminer qui ferait partie de la chambre statuant sur l'ordonnance. L'article 187 résout ce problème en prévoyant une règle relative à la composition de la formation de jugement.

Cette disposition a pour effet de décharger la réunion générale de l'examen de la proposition relative à l'aide juridictionnelle, mais elle a également l'avantage de permettre à la chambre de statuer rapidement, ce qui peut être particulièrement important lorsque l'aide juridictionnelle est demandée en vue de former un pourvoi. La Cour est cependant allée plus loin. Afin de ne pas priver le requérant et son éventuel futur avocat du temps nécessaire à la décision de la Cour, l'article 186, paragraphe 3, du règlement de procédure prévoit que l'introduction d'une demande d'aide juridictionnelle suspend, pour celui qui l'a formée, le délai prévu pour l'introduction du pourvoi jusqu'à la date de la signification de l'ordonnance statuant sur cette demande¹⁰³.

Conclusion

Nous sommes à un moment où le pourvoi cherche sa raison d'être. Est-il la critique, pour des motifs de droit, d'une décision ou bien la tentative d'obtenir, dans un litige, un meilleur résultat que devant le juge de première instance ? Si la possibilité de critiquer d'autres parties de l'arrêt attaqué que celles visées par le pourvoi, que ce soit par pourvoi incident ou demande de substitution de motifs, se joint à une appréciation, par la Cour, d'éléments de fait, la démarche pourrait ressembler plus à un appel qu'à un pourvoi.

À notre sens, les dispositions du nouveau règlement de procédure relatives aux définitions des pourvois principal et incident et à l'obligation de prendre position sur le litige en état d'être jugé ont le mérite d'inciter les parties à être plus claires dans leur démarche.

L'obligation de prendre position sur la question de savoir si le litige est en état d'être jugé, notamment, devrait permettre aux parties d'exprimer leurs souhaits en fonction des risques qu'elles perçoivent. Est-il préférable que la Cour

que trois, ceux-ci étant désignés conformément à l'article 28, paragraphe 3, du règlement de procédure parmi les quatre juges de la chambre.

¹⁰² Principe important dans certains systèmes juridiques, qui prévoit que c'est une règle qui doit déterminer comment sont composées les formations de jugement, afin d'éviter tout arbitraire.

¹⁰³ De telles dispositions existaient déjà dans les règlements de procédure du Tribunal (article 96, paragraphe 4) et du Tribunal de la fonction publique (article 97, paragraphe 4).

tranche elle-même le litige au fond plutôt que de renvoyer l'affaire à un tribunal qui pourrait rester convaincu du bien-fondé d'un raisonnement ? Ou bien les parties estiment-elles que les éléments du litige n'ont pas fait l'objet d'un débat suffisant, si bien qu'il serait préférable de renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il statue ?

L'utilisation, par la Cour, d'évocations partielles portant seulement sur certains éléments du litige au fond laisse penser qu'un plaideur pourrait demander à la Cour de statuer elle-même sur certains moyens du recours initial, et de renvoyer l'affaire au Tribunal pour le surplus, afin que le principe du contradictoire soit respecté ou que le Tribunal puisse apprécier les faits complexes dont question dans les moyens qu'il n'avait pas examinés. Une telle évocation partielle aurait le mérite de préserver le double degré de juridiction tout en répondant au souci de bonne administration de la justice.

Outre la clarté des demandes, il pourrait être utile que les plaideurs aient une vision plus globale des moyens de défense qu'ils utilisent. Si un pourvoi conteste un arrêt relatif à un abus de position dominante, on peut se demander s'il est nécessaire de former un pourvoi incident ou de formuler une demande de substitution de motifs pour contester les prémisses du raisonnement telles que la décision relative à l'existence d'une position dominante ou à l'existence d'une entreprise au sens du droit de la concurrence. De tels arguments pourraient être considérés comme des moyens de défense contestant la prémisse du raisonnement du juge de première instance. La jurisprudence indique que la Cour se montre disposée à appréhender les raisonnements de manière globale¹⁰⁴. C'est cependant au plaideur qu'il appartient de convaincre la Cour de la nécessité logique de contrôler un argument qui n'est pas contesté dans le pourvoi.

Un pourvoi contre la *motivation pure* n'est pas recevable, mais il l'est lorsqu'il est dirigé contre une *décision* du Tribunal, même si elle figure dans les motifs. La question est donc de savoir ce qu'est exactement une décision du Tribunal. Il se pourrait qu'il s'agisse de l'élément clé permettant de déterminer l'objet du pourvoi et, par voie de conséquence, l'étendue de la cassation, celle de l'autorité de chose jugée de l'arrêt initial après la cassation et la possibilité de former un pourvoi incident, car ces différentes notions semblent étroitement liées.

¹⁰⁴ P. ex., C.J., 3 décembre 1992, *Macrae Moat/Commission*, C-32/92 P, *Rec.*, p. I-6379 (la Cour juge que la question de l'existence d'un acte faisant grief est préalable à celle de la régularité de la procédure précontentieuse prévue par le statut des fonctionnaires), C.J., 26 mars 2009, *SELEX Sistemi Integrati/Commission*, C-113/07 P, *Rec.* p. I-2207, point 67 (la Cour juge que la question de savoir si Eurocontrol exerce une activité économique est préalable à celle de savoir si elle a commis un abus de position dominante), et C.J., 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commission*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec.*, p. I-9291, points 54 et 55 (la Cour examine la question de l'objet anticoncurrentiel de l'accord avant celle de son effet).

Cela impose de déterminer ce qu'est un chef de demande et, éventuellement, ce qu'est une décision administrative¹⁰⁵.

Bien sûr, la véritable clarté dans le rôle du pourvoi ne pourra venir que de la jurisprudence de la Cour. Un règlement de procédure est un texte qui nécessite une interprétation. La Cour n'a jamais été particulièrement formaliste, mais, d'un autre côté, une trop grande bienveillance pourrait laisser persister la confusion. Il n'est pas exclu non plus que les nécessités propres au contentieux devant la Cour orientent l'interprétation des règles de procédure. L'avenir dira comment les juges détermineront les exigences qu'ils estiment adéquates.

Malgré la refonte du règlement de procédure, le contentieux du pourvoi restera une matière en évolution. Il suffit de comparer la jurisprudence de la Cour avec des ouvrages de droit national sur des recours similaires pour se rendre compte du grand nombre de questions qu'il reste à résoudre. La jurisprudence n'est, en réalité, qu'à ses débuts.

Ainsi, la Cour sera vraisemblablement amenée à affiner sa jurisprudence relative aux moyens d'ordre public que le juge de première instance et/ou elle-même peuvent ou doivent soulever d'office¹⁰⁶. Il sera peut-être nécessaire de distinguer selon les types de contentieux, car contrôler une sanction infligée en application des règles de concurrence n'est pas du même ordre que trancher un litige en matière contractuelle. De même, les notions de décision, d'étendue de la cassation et d'autorité de la chose jugée pourraient faire l'objet de précisions.

Toutefois, même si les principes régissant le pourvoi se précisent, ils resteront influencés par la particularité de la Cour, qui est une juridiction multilingue, composée de juristes originaires de 28 systèmes juridiques différents, et dont l'autorité des arrêts dans l'Union européenne doit parfois être conciliée avec les règles techniques du contentieux.

¹⁰⁵ Voy. à cet égard C.J., 20 septembre 2001, *Procter & Gamble/OHMI* (« Baby-Dry »), C-383/99 P, *Rec.*, p. I-6251, points 18 à 27. La Cour identifie deux décisions de la chambre de recours de l'OHMI et, dès lors, deux chefs de demande devant le Tribunal et deux chefs de décision du Tribunal.

¹⁰⁶ Voy., p. ex., C.J., 14 mars 2013, *Viega/Commission*, C-276/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 57 à 60, dans lequel la Cour juge que le respect du principe de proportionnalité dans la fixation d'une amende pour infraction au droit de la concurrence ne doit pas faire l'objet d'un contrôle d'office par le Tribunal.

CHAPITRE 5. LA PROCÉDURE DE RÉEXAMEN DEVANT LA COUR DE JUSTICE : VERS UNE EFFICACITÉ ACCRUE DU NOUVEAU RÈGLEMENT DE PROCÉDURE

Maja BRKAN¹

Introduction

Les premières réflexions relatives à l’instauration d’une procédure de réexamen devant la Cour de justice ont été initiées parallèlement à celles visant la création de tribunaux spécialisés au sein de l’Union européenne, ainsi qu’aux propositions de transférer partiellement la compétence de statuer sur des questions préjudicielles au Tribunal². La création de la procédure de réexamen visait en effet à répondre aux inquiétudes issues de ces changements institutionnels, qui furent institués par le traité de Nice, et à permettre de garantir l’unité et la cohérence de la jurisprudence des juridictions de l’Union³. Ainsi, c’est également le Traité de Nice qui a inséré, en droit primaire, la base légale de la procédure de réexamen⁴.

Il fallut toutefois attendre 2008 pour que des règles plus détaillées concernant la procédure de réexamen⁵ soient adoptées au niveau de la Cour de justice et insérées dans l’ancien règlement de procédure⁶. Toutefois, ce régime, qui

¹ L’auteur est maître de conférences à la Faculté de droit de l’Université de Maastricht et ancien référendaire à la Cour de justice de l’Union européenne. Elle peut être contactée à l’adresse maja.brkan@maastrichtuniversity.nl. L’auteur remercie Dr. Jorg Sladič pour ses commentaires. Les opinions exprimées dans la présente contribution n’engagent que la responsabilité de l’auteur et ne reflètent que son avis personnel.

² Plus précisément sur le processus de l’adoption des règles concernant la procédure de réexamen, voy. C. NAÔMÉ, « Procédure “RX” : le réexamen, par la Cour de justice, d’affaires ayant fait l’objet d’un pourvoi devant le Tribunal », *J.D.E.*, 2010, p. 104.

³ Voy. aussi W. M. KÜHN, « Das Überprüfungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften », *European Law Reporter*, 2009/10, p. 357.

⁴ Plus précisément, par l’article 225 TCE dans la version modifiée par le Traité de Nice.

⁵ Il s’agissait des Modifications du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 juin 2008 et du 8 juillet 2008 (*J.O. L 200*, p. 18).

⁶ Voy. la version consolidée du Règlement de procédure de la Cour de justice du 2 juillet 2010 (*J.O. C 177*, p. 1). Lorsque la présente contribution fait référence à ce règlement de procédure, celui-ci est désigné comme « l’ancien règlement de procédure ». Il convient toutefois de tenir compte du fait que la première version de cet ancien règlement de procédure date du 1991.

s'avérait trop complexe⁷ et mobilisait une trop grande partie des ressources de la Cour⁸, a été significativement révisé et simplifié lors de l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2012, du nouveau règlement de procédure de la Cour⁹, et ce afin de faciliter la prise de décisions de la Cour dans le cadre de cette procédure ainsi que de garantir une plus grande cohérence de la jurisprudence.

La présente contribution vise à analyser les changements, apportés par ce nouveau règlement de procédure ainsi que, plus globalement, le régime légal et les objectifs de la procédure de réexamen. En outre, la jurisprudence de la Cour, rendue tant en vertu de l'ancien que du nouveau régime, sera analysée en mettant l'accent sur les récents développements intervenus. Enfin, cette contribution propose des réflexions prospectives concernant la procédure de réexamen et sa mise en œuvre pratique dans les années à venir.

I. – Régime légal du réexamen dans le cadre du nouveau règlement de procédure

A. *La finalité et les caractéristiques principales de la procédure de réexamen*

Ainsi qu'il peut être déduit de l'article 256, paragraphe 2, TFUE, la finalité principale de la procédure de réexamen est de garantir l'unité et la cohérence du droit de l'Union, lorsque le Tribunal statue sur un pourvoi¹⁰ formé contre une décision du Tribunal de la fonction publique. Dès lors que, dans le cadre de la procédure du réexamen la Cour statue comme une « juridiction d'instance », il convient de distinguer cette procédure du mécanisme du pourvoi¹¹. À cet égard, il est permis de mettre en exergue trois différences fondamentales entre le réexamen et le pourvoi, qui constituent autant de caractéristiques du réexamen.

⁷ Voy. le considérant 4 du règlement de procédure.

⁸ Voy., en ce sens, M.-A. GAUDISSERT, « La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *C.D.E.*, 2012/3, p. 663.

⁹ Voy. le Règlement de procédure de la Cour de justice du 29 septembre 2012 (*J.O.* L 265, p. 1). Lorsqu'il est fait référence, dans la présente contribution, au règlement de procédure, celui-ci est désigné comme le nouveau règlement de procédure.

¹⁰ Il convient de noter que le texte de l'article 256, paragraphe 2, TFUE n'utilise pas le terme « pourvoi », mais « recours » formés contre les décisions des tribunaux spécialisés. Pour les raisons de clarté, le terme « pourvoi » est utilisé dans la présente contribution.

¹¹ Sur le mécanisme du pourvoi, voy. la contribution de C. Naômé dans le présent ouvrage.

Tout d'abord, contrairement au réexamen, le pourvoi est introduit par les parties¹². En effet, chaque partie s'estimant lésée par la décision et ayant un intérêt à se pourvoir contre la décision de la juridiction européenne – que ce soit le Tribunal de la fonction publique ou le Tribunal – peut former un pourvoi à l'encontre de cette décision. Le réexamen est, en revanche, institué *ex officio* par la Cour et les parties ne disposent d'aucune initiative à cet égard. Dans le cadre de la première proposition relative à la procédure de réexamen, il avait été prévu que cette procédure serait initiée par la Commission, en sa qualité de « gardienne des traités », mais cette proposition n'a finalement pas été adoptée¹³ – à notre avis à juste titre, étant donné que seule la Cour elle-même peut veiller au développement interne de sa jurisprudence, notamment lorsqu'il s'agit de notions procédurales revêtant une importance cruciale pour les trois juridictions, telles que la signification précise de la notion de « litige en état d'être jugé »¹⁴ ou de celle de « délai raisonnable » pour l'introduction d'un recours en annulation en matière de fonction publique¹⁵.

Ensuite, les deux procédures se distinguent par les situations permettant leur ouverture et par l'intérêt les sous-tendant. Même si les moyens *stricto sensu* pouvant être formulés dans le cadre d'un pourvoi sont assez limités – celui-ci étant limité aux questions de droit¹⁶ –, ces moyens sont néanmoins plus larges que les motifs permettant d'initier une procédure de réexamen. En effet, cette dernière n'est possible que lorsqu'une décision, rendue par une juridiction inférieure appliquant et interprétant le droit de l'Union, pourrait porter atteinte à l'unité et à la cohérence du droit de l'Union. Par conséquent, la procédure de réexamen n'est pas instituée dans l'intérêt des parties, mais dans l'intérêt (public) de prévenir les interprétations erronées et divergentes au sein de la

¹² Le pourvoi n'est pas introduit uniquement par les parties à la procédure, mais également par d'autres parties intéressées, comme par exemple des intervenants ; voy. à cet égard p. ex. C.J., 18 juillet 2013, *Commission e.a./Kadi*, C-584/10 P, non encore publié au *Rec.*, dans lequel une des parties ayant introduit le pourvoi était le Royaume-Uni, partie intervenante dans la procédure devant le Tribunal (voy. à cet égard Trib., 30 septembre 2010, *Kadi/Commission*, T-85/09, *Rec.*, p. II-05177, point 66).

¹³ Voy. C. NAÔMÉ, « Procédure “RX” : le réexamen, par la Cour de justice, d'affaires ayant fait l'objet d'un pourvoi devant le Tribunal », *J.D.E.*, 2010, p. 104.

¹⁴ Voy. à cet égard C.J., 17 décembre 2009, *M/Agence européenne des médicaments (EMEA)*, C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033, analysé ci-dessous.

¹⁵ Voy. à cet égard C.J., 28 février 2013, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, C-334/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*

¹⁶ Pour les pourvois contre les décisions du Tribunal, voy. l'article 256, paragraphe 1, TFUE, ainsi que l'article 58, paragraphe 1, du statut de la Cour de justice. En ce qui concerne les pourvois contre les décisions des tribunaux spécialisés, à savoir le Tribunal de la fonction publique, voy. l'article 256, paragraphe 2, TFUE et l'article 9 de l'annexe I à ce statut. Il est à noter toutefois que le texte de l'article 256, paragraphe 2, TFUE mentionne des « recours qui sont formés contre les décisions des tribunaux spécialisés » et non pas explicitement des pourvois. En revanche, dans l'article 257, paragraphe 3, TFUE, c'est le terme pourvoi qui est utilisé : « [l]es décisions des tribunaux spécialisés peuvent faire l'objet d'un pourvoi limité aux questions de droit » (nous soulignons).

jurisprudence des juridictions de l'Union. La pertinence et les enjeux de la procédure de réexamen dépassent ainsi l'affaire qui fait spécifiquement l'objet du réexamen¹⁷.

Enfin, la procédure de réexamen revêt également une importance particulière dans le cadre du système juridictionnel de l'Union. En effet, depuis la création du Tribunal de la fonction publique, la Cour n'est plus compétente pour statuer sur les pourvois formés contre les décisions rendues dans le domaine de la fonction publique qui étaient à l'origine traitées par le Tribunal. La procédure de réexamen remédie à cette situation en permettant à la Cour d'opérer un deuxième niveau de contrôle de la jurisprudence dans ce domaine. Alors que, dans le cadre du pourvoi, la décision est prise par la juridiction qui est directement hiérarchiquement supérieure à la juridiction dont la décision fait l'objet du pourvoi, le réexamen est, quant à lui, décidé par la Cour, portant sur la décision du Tribunal qui statue déjà lui-même en deuxième instance. Il en résulte que le réexamen peut avoir une influence indirecte sur une décision rendue par une juridiction qui est (hiérarchiquement) deux degrés inférieure à la Cour, à savoir le Tribunal de la fonction publique.

Ainsi, par la procédure de réexamen, la hiérarchie relative aux trois degrés de juridictions est sauvegardée : la Cour demeure la dernière instance qui détermine le contenu des notions importantes, tant du droit matériel que du droit procédural, dans l'ordre juridique de l'Union, permettant ainsi de sauvegarder l'unité et la cohérence de la jurisprudence de l'Union. La doctrine souligne que cette dernière caractéristique démontre que le Tribunal – la juridiction qui statue sur le pourvoi formé contre les décisions du Tribunal de la fonction publique – ne saurait être perçu comme une « source autonome » en ce qui concerne ces notions¹⁸. La seule exception à cette règle semble être l'hypothèse dans laquelle le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique décident d'interpréter une notion du droit de l'Union d'une manière différente de la Cour compte tenu des spécificités du contentieux de la fonction publique¹⁹.

B. *Décisions susceptibles de réexamen*

En vertu de l'article 192, paragraphe 1, du règlement de procédure, les décisions susceptibles de réexamen sont celles rendues en vertu de l'article 256,

¹⁷ W. M. KÜHN, « Das Überprüfungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften », *European Law Reporter*, 2009/10, p. 358.

¹⁸ Voy., en ce sens, *ibid.*, p. 357.

¹⁹ Voy. C.J., 8 février 2011, *Commission/Petrilli*, C-17/11 RX, *Rec.*, p. I-299, discutée ci-dessous.

paragraphe 2, TFUE, c'est-à-dire lorsque le Tribunal statue sur un recours formé contre la décision d'un tribunal spécialisé (il s'agit actuellement uniquement du Tribunal de la fonction publique).

Certes, le règlement de procédure prévoit également la possibilité d'instituer la procédure de réexamen lorsque le Tribunal statue sur des questions préjudicielles²⁰. Or, même si cette possibilité de transférer la compétence de connaître des questions préjudicielles dans certains domaines est prévue par les traités, elle n'a pas encore été encore prévue par le statut. Ainsi, en pratique, les décisions qui pourraient potentiellement être soumises au réexamen de la Cour sont toutes les décisions rendues par le Tribunal sur pourvoi formé contre les décisions du Tribunal de la fonction publique.

Toutefois, cette possibilité de soumettre au réexamen toutes les décisions du Tribunal statuant en tant que juridiction d'instance ne signifie pas que la procédure de réexamen est très souvent utilisée. Au contraire, en pratique, les décisions de réexamen ne sont pas très nombreuses. À cet égard, il convient de souligner qu'il ressort du texte de l'article 256, paragraphe 2, TFUE que les décisions du Tribunal ne peuvent faire l'objet d'un réexamen qu'« exceptionnellement ». La condition majeure d'application de cette procédure résulte également de cette disposition, prévoyant qu'il doit exister un « risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union ».

Les formalités préalables à une éventuelle procédure de réexamen sont accomplies juste après la fixation de la date du prononcé ou de la signature d'une décision susceptible de réexamen par le Tribunal. Selon l'article 192, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour, aussitôt que cette date est fixée, le greffe du Tribunal en informe le greffe de la Cour. Ensuite, dès son prononcé ou sa signature, la décision susceptible de réexamen est communiquée à la Cour. En même temps, le dossier de la procédure est mis à la disposition du premier avocat général, afin qu'il puisse formuler une proposition quant à la nécessité du réexamen de ladite décision²¹. Il convient de souligner que le transfert du dossier est une nouveauté introduite par le règlement de procédure de 2012²². Le dossier est communiqué non seulement au premier avocat général, mais également, en cas de proposition de réexaminer l'affaire, à la chambre de réexamen²³.

²⁰ Plus particulièrement sur la procédure de réexamen des décisions préjudicielles, voy. *infra* point E.

²¹ Article 192, paragraphe 2, du règlement de procédure.

²² M.-A. Gaudissart souligne que l'ancien règlement de procédure n'a contenu aucune disposition concernant la communication du dossier du Tribunal au greffe de la Cour (« La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *C.D.E.*, 2012/3, p. 663).

²³ Article 193, paragraphe 2, du règlement de procédure.

C. Proposition du premier avocat général

L'initiative de proposer le réexamen d'une décision émane du premier avocat général, conformément à l'article 193, paragraphe 1, du règlement de procédure de la Cour. Même si l'avocat général ne formule pas de proposition dans le cadre de conclusions, mais simplement par un mémorandum interne, la finalité de ce système semble être la même, à savoir l'examen du dossier par une personne indépendante et impartiale. Il convient de souligner que les parties au principal ne jouent aucun rôle dans, et n'ont aucune influence sur, cette proposition du premier avocat général. Eu égard à l'intérêt public de cohérence de la jurisprudence pour lequel la procédure de réexamen est menée, l'intérêt (juridique) des parties n'est pas pris en compte²⁴.

L'analyse effectuée par le premier avocat général n'a pas seulement valeur d'un avis juridique, mais revêt également une véritable valeur procédurale et formelle. En effet, même si la Cour n'est pas liée par la proposition dudit avocat général, elle est tenue²⁵ d'analyser l'affaire et de se prononcer sur la question de savoir s'il convient de procéder ou non au réexamen. Il convient de constater que la Cour ne réexamine pas toujours les affaires pour lesquelles un réexamen est proposé²⁶. L'absence de réexamen signifie qu'il n'existe pas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union.

La proposition du premier avocat général est ensuite transmise à plusieurs destinataires : d'une part, le président de la Cour et, d'autre part, le président de la chambre de réexamen²⁷. Il est important de souligner que le greffier de la Cour est informé de cette transmission²⁸. Il convient d'observer à cet égard que le greffe ne reçoit pas le texte de la proposition, mais est uniquement « informé de [la] transmission » de la proposition aux deux destinataires précités²⁹. Le greffe est donc uniquement informé de la circonstance qu'un réexamen est proposé. La finalité de cette information transmise au greffier est de nature pratique : étant donné que celui-ci dispose du dossier de la procédure devant le Tribunal – ce dernier lui ayant été communiqué dès le prononcé de la décision susceptible de réexamen³⁰ –, le greffier est en mesure de

²⁴ Voy. *supra*.

²⁵ Cette obligation découle implicitement de l'article 193, paragraphe 4, du règlement de procédure, selon lequel la chambre de réexamen décide, sur proposition du juge rapporteur, s'il y a lieu de réexaminer la décision du Tribunal. Cette disposition ne donne pas la possibilité à la chambre de ne pas examiner s'il convient de réexaminer la décision du Tribunal.

²⁶ Voy., ci-dessous, la partie « Jurisprudence sur l'absence de nécessité de réexamen ».

²⁷ Article 193, paragraphe 1, du règlement de procédure.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Article 192, paragraphe 2, du règlement de procédure.

communiquer ce dossier aux membres de la chambre de réexamen. Pour ladite chambre, il est bien évidemment important de disposer dudit dossier, étant donné qu'elle sera éventuellement chargée de réexaminer l'affaire.

D. *Procédure devant la chambre de réexamen*

Avec l'entrée en vigueur de nouveau règlement de procédure, la procédure du réexamen a été simplifiée notamment en instituant une chambre fixe de cinq juges, désignée pour un an, pour le traitement des demandes de réexamen. Cette chambre décide tant sur la nécessité du réexamen que sur le réexamen lui-même. Ce système se distingue du système en vigueur sous l'empire de l'ancien règlement de procédure, dès lors que, précédemment, deux chambres distinctes intervenaient. En effet, selon l'ancien système, la chambre décidant de la nécessité d'un réexamen était composée du président de la Cour et de quatre des présidents de chambre à cinq juges³¹, tandis que la chambre qui devait effectivement réexaminer l'affaire était déterminée ultérieurement en fonction du juge rapporteur auquel l'affaire avait été attribuée³².

Les avantages d'une chambre permanente et spécialisée de réexamen sont multiples. D'une part, un tel système optimise l'utilisation des ressources de la Cour, étant donné que l'affaire n'est plus examinée par deux formations différentes dans les deux phases de la procédure³³. D'autre part, une telle règle apporte, en particulier, plus de cohérence et de continuité dans la jurisprudence concernant le réexamen, et simplifie le traitement des affaires. Il est, certes, vrai que la chambre de réexamen est déterminée chaque année selon la méthode de rotation, mais ce système garantit une plus grande stabilité au moins durant cette période, notamment lorsque plusieurs affaires nécessitent d'être examinées.

La première démarche de la chambre de réexamen est la même que pour les procédures ordinaires et consiste en la désignation du juge rapporteur. Si, à l'instar des procédures ordinaires, c'est également le président de la Cour qui désigne le juge rapporteur, la manière dont ce dernier est désigné dans la procédure de réexamen diffère dans la mesure où il est désigné, conformément

³¹ Article 123ter, paragraphe 1, de l'ancien règlement de procédure.

³² Voy. article 123sexto, paragraphe 4, de l'ancien règlement de procédure, selon lequel le président a désigné le juge rapporteur dans des affaires devant être réexaminées. Ceci voulait dire, en pratique, que l'affaire a été réexaminée par la chambre à laquelle appartenait le juge désigné comme juge rapporteur.

³³ Voy., en ce sens, M.-A. Gaudissart qui ajoute encore que ce système est institué selon le modèle utilisé pour l'examen et le traitement des affaires dans le cadre de la procédure préjudicielle d'urgence (« La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice », *op. cit.*, p. 663).

à l'article 193, paragraphe 3, du règlement de procédure, sur proposition du président de la chambre de réexamen. La composition concrète de la chambre est déterminée selon les règles « classiques » concernant la composition de la chambre, à savoir selon des listes comprenant tous les juges affectés à la chambre concernée³⁴. Or, cette règle ne revêt actuellement pas une grande valeur pratique, étant donné que, avec 28 États membres, il n'y a qu'une chambre à cinq juges qui est effectivement composée de six juges et pour laquelle une telle liste est nécessaire³⁵.

1. *Première phase : la décision sur la nécessité du réexamen*

Une des spécificités de la procédure de réexamen est que la chambre spécialisée ne réexamine pas tout de suite l'affaire, mais qu'elle décide en deux phases. Dans la première phase, la chambre de réexamen prend uniquement une décision quant à la nécessité de procéder à un réexamen de l'affaire.

Ainsi, en pratique, la première décision prise par la chambre porte uniquement sur la nécessité du réexamen de l'affaire. De ce fait, le contenu de cette décision peut être soit de ne pas procéder au réexamen soit d'y procéder. En d'autres termes, malgré la proposition du premier avocat général, la chambre peut toujours décider de ne pas réexaminer l'affaire si elle considère que la décision en cause ne porte pas atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union. En pratique, il existe de nombreux exemples de telles décisions³⁶.

À cet égard, il est important de souligner que la décision de procéder au réexamen de l'affaire est prise comme une décision séparée³⁷. En effet, selon l'article 193, paragraphe 4, du règlement de procédure, la décision de la chambre spéciale de réexaminer la décision du Tribunal contient uniquement

³⁴ L'article 193, paragraphe 3, du règlement de procédure, fait référence à l'article 28, paragraphe 2, dudit règlement.

³⁵ Excepté le président et le vice-président de la Cour, les autres 26 membres sont répartis parmi cinq chambres à cinq juges. Pour la composition concrète des chambres, voy. <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7029/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7029/http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7029/)>.

³⁶ P. ex., C.J., 16 avril 2008, C-216/08 RX, sur l'absence de nécessité de réexamen de l'affaire T-414/06 P, *Combescot/Commission*, C.J., 5 février 2009, C-21/09 RX, sur l'absence de nécessité de réexamen de l'affaire T-90/07 P et T-99/07 P, *Belgique et Commission/Genette*, C.J., 5 juin 2009, C-180/09 RX, sur l'absence de nécessité de réexamen de l'affaire T-492/07 P, *Sanchez Ferriz e.a./Commission*, C.J., 5 mai 2010, C-183/10 RX, sur l'absence de nécessité de réexamen de l'affaire T-338/07 P, *Bianchi/Fondation européenne pour la formation (ETF)*, C.J., 27 octobre 2010, C-478/10 RX, sur l'absence de nécessité de réexamen de l'affaire T-157/09 P, *Marcuccio/Commission*, et C.J., 8 février 2011, C-17/11 RX, sur l'absence de nécessité de réexamen de l'affaire T-143/09 P, *Commission/Petrilli*. Voy., plus précisément, la partie « Jurisprudence sur l'absence de nécessité de réexamen », *infra*.

³⁷ Voy. à cet égard p. ex. C.J., 12 juillet 2012, C-334/12 RX, portant la décision de procéder au réexamen de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire T-234/11 P, *Arango Jaramillo e.a./BEL*.

les questions faisant l'objet du réexamen et non pas l'analyse du contenu de l'affaire. Cette décision de procéder au réexamen précise ainsi très concrètement quels aspects de la décision du Tribunal seront réexaminés. Par exemple, dans l'affaire C-334/12 RX, la Cour a précisé qu'elle examinerait uniquement la question de savoir si l'interprétation de la notion de « délai raisonnable », préconisée par le Tribunal dans son arrêt du 19 juin 2012³⁸, portait atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union³⁹.

2. *Seconde phase : le réexamen lui-même*

Durant la seconde phase du réexamen, la chambre décide quant au contenu du réexamen lui-même dont les particularités sont établies à l'article 195 du règlement de procédure. Trois caractéristiques de cette seconde phase peuvent être mises en exergue.

Premièrement, la décision de réexaminer une décision du Tribunal est signifiée aux parties et autres intéressés ainsi qu'au Tribunal.⁴⁰ Ces parties et autres intéressés ont un mois pour présenter leurs observations écrites dans lesquelles ils prennent position sur les questions faisant l'objet du réexamen⁴¹.

Deuxièmement, l'avocat général est impliqué non seulement dans la phase de la proposition de réexaminer l'affaire, mais également dans la phase même du réexamen. En effet, dès la décision de réexaminer une décision du Tribunal, le premier avocat général attribue le réexamen à un avocat général⁴² qui est, dans les affaires de réexamen, « entendu »⁴³. L'avocat général ne prépare pas de conclusions, mais une « prise de position » qui est, selon la doctrine, le terme utilisé lorsque des conclusions ne sont pas présentées en audience publique⁴⁴. Dans les affaires où il a effectivement été procédé au réexamen, la prise de position est disponible publiquement sur le site Internet de la Cour⁴⁵.

³⁸ Trib., 19 juin 2012, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, T-234/11 P.

³⁹ Voy. C.J., 12 juillet 2012, C-334/12 RX (point 2 du dispositif).

⁴⁰ Voy. l'article 195, paragraphe 1, du règlement de la procédure. Cet article précise également que la décision de la Cour est, le cas échéant, communiquée à la juridiction de renvoi.

⁴¹ Voy. l'article 195, paragraphe 2, du règlement de la procédure.

⁴² Voy. l'article 195, paragraphe 3, du règlement de la procédure.

⁴³ Voy. l'article 195, paragraphe 4, du règlement de la procédure.

⁴⁴ C. NAÔMÉ, « Procédure "RX" : le réexamen, par la Cour de justice, d'affaires ayant fait l'objet d'un pourvoi devant le Tribunal », *op. cit.*, p. 109.

⁴⁵ Voy. la prise de position de M. l'avocat général Mazák, présentée le 28 octobre 2009, dans l'affaire C-197/09 RX-II, *M/Agence européenne des médicaments (EMA)*, la prise de position de M. l'avocat général Mengozzi, présentée le 21 novembre 2012, dans l'affaire C-334/12 RX-II, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, et la prise de position de M^{me} l'avocat général Kokott, présentée le 11 juin 2013, dans l'affaire C-579/12 RX-II, *Commission/Strack*.

Troisièmement, après la prise de position, la chambre statue au fond⁴⁶. Il est important de relever que le règlement de procédure ne prévoit pas la possibilité d'organiser une audience dans le cadre de la procédure de réexamen. Par conséquent, la chambre statue dans le cadre de la procédure écrite, sans passer par une procédure orale. Il convient de souligner également que, lorsque la chambre de réexamen considère que l'affaire mérite d'être traitée par une formation de jugement plus importante, elle peut renvoyer l'affaire à une telle formation⁴⁷. En ce qui concerne la langue de procédure, celle-ci est – ce qui semble logique – la même que la langue de procédure de la décision du Tribunal qui fait l'objet du réexamen.⁴⁸

3. *Les conséquences juridiques du réexamen*

Selon l'article 62^{ter}, premier alinéa, du statut de la Cour de justice⁴⁹ (ci-après le « statut de la Cour »), cette dernière juridiction dispose de deux possibilités lorsqu'elle parvient à la conclusion que la décision du Tribunal porte atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union. D'une part, elle a la possibilité de renvoyer l'affaire devant le Tribunal. Dans ce cas, ce dernier, étant lié par les points de droit tranchés par la Cour, doit non seulement suivre l'interprétation donnée par cette dernière juridiction, mais a également l'obligation de se conformer à une décision éventuelle de la part de la Cour quant à certains effets de la décision du Tribunal qui doivent être considérés comme définitifs à l'égard des parties au litige⁵⁰. D'autre part, à titre exceptionnel, la Cour peut également statuer elle-même sur l'affaire lorsque la solution du litige découle, compte tenu du résultat du réexamen, des constatations de fait sur lesquelles est fondée la décision du Tribunal⁵¹. Ainsi que l'a relevé M^{me} l'avocat général Kokott dans sa prise de position dans l'affaire C-579/12 RX-II⁵², et confirmé

⁴⁶ Voy. l'article 195, paragraphe 4, du règlement de la procédure.

⁴⁷ Voy. l'article 195, paragraphe 5, du règlement de la procédure.

⁴⁸ Voy. l'article 37, paragraphe 2, sous b), du règlement de la procédure.

⁴⁹ Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne (*J.O.U.E.* C 326, p. 210), annexé aux traités, tel que modifié par le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 (*J.O.* L 228, p. 1).

⁵⁰ Pour un exemple, voy. C.J., 19 septembre 2013, *Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 63, dans lequel la Cour a tenu, en l'absence de réexamen sur ce point, pour définitif la partie de l'arrêt du Tribunal portant sur la question de savoir si le Tribunal de la fonction publique a soulevé d'office un moyen portant sur la légalité au fond de la décision contesté. À cet égard, voy. Trib., 8 novembre 2012, *Commission/Strack*, T-268/11 P, non encore publié au *Rec.*, points 22 à 30.

⁵¹ Voy. p. ex., C.J., 19 septembre 2013, *Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, points 61 et s.

⁵² Voy. la prise de position de M^{me} l'avocat général Kokott, présentée le 11 juin 2013, dans l'affaire C-579/12 RX-II, *Commission/Strack*, point 78.

par la Cour dans ce même arrêt⁵³, la Cour ne peut pas se contenter de constater une atteinte à l'unité ou à la cohérence au droit de l'Union, mais est obligée soit de renvoyer l'affaire devant le Tribunal soit de statuer elle-même définitivement sur le litige.

Il convient également de souligner que, en vertu de l'article 62^{ter}, premier alinéa, du statut de la Cour, ni la proposition de réexamen ni la décision d'ouverture de la procédure de réexamen n'ont d'effet suspensif. Or, cette disposition est sans préjudice de la possibilité, pour la Cour, d'ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué⁵⁴ ou de prescrire les mesures provisoires nécessaires⁵⁵.

E. *Sur la possibilité de réexamen des décisions préjudicielles*

Le règlement de procédure contient également, en son article 194, des dispositions concernant le réexamen des décisions préjudicielles rendues par le Tribunal. En substance, la procédure est identique à celle relative au réexamen des décisions sur pourvoi. L'initiative de proposer la procédure de réexamen appartient au premier avocat général. Ensuite, le président de la Cour désigne le juge rapporteur parmi les juges de la chambre de réexamen, sur proposition du président de cette chambre⁵⁶. La chambre adopte d'abord une décision quant à la nécessité de procéder à un réexamen de l'affaire et, si tel est le cas, précise les questions faisant l'objet du réexamen⁵⁷. Outre le Tribunal, les parties et les autres intéressés, la juridiction de renvoi est également informée de la décision de la Cour de procéder ou de ne pas procéder au réexamen⁵⁸.

Malgré cette identité de la procédure de réexamen dans les deux domaines, il convient de souligner que le rôle et les implications de cette procédure seront différents en ce qui concerne les décisions préjudicielles.

Premièrement, le transfert d'une partie des décisions préjudicielles au Tribunal et, par conséquent, la possibilité de réexamen de telles décisions modifiera fondamentalement la nature de la procédure préjudicielle. En effet, une des caractéristiques de cette procédure est l'absence de possibilité de recours contre un arrêt ou une ordonnance de la Cour interprétant ou statuant sur la validité d'un acte de l'Union. La décision de la Cour est définitive et la seule

⁵³ C.J., 19 septembre 2013, *Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 62.

⁵⁴ Article 278 TFUE.

⁵⁵ Article 279 TFUE.

⁵⁶ Article 194, paragraphe 4, du règlement de procédure.

⁵⁷ Article 194, paragraphe 5, du règlement de procédure.

⁵⁸ Article 194, paragraphe 6, du règlement de procédure.

possibilité de modifier l'interprétation retenue nécessite un arrêt ultérieur, voie très rarement adoptée par la Cour⁵⁹. Il semble que le transfert, au Tribunal, de la compétence de statuer dans le cadre de la procédure préjudicielle ouvrira davantage de possibilités de contrôle de cette interprétation.

Deuxièmement, un tel transfert de la procédure préjudicielle au Tribunal transformera également le rôle de la Cour en la renforçant dans sa qualité de la juridiction suprême et constitutionnelle de l'Union⁶⁰. La Cour, opérant – dans les domaines transférés au Tribunal – uniquement un contrôle sur les décisions de cette dernière juridiction, veillera seulement au développement et à l'interprétation des notions importantes pour l'ensemble du droit de l'Union. La Cour pourra ainsi se concentrer sur les grandes orientations de sa jurisprudence et les développer.

Troisièmement, ledit transfert, qui diminuera, certes, la charge du travail de la Cour, aura une double conséquence. D'une part, elle augmentera considérablement la charge du travail du Tribunal et il est incertain comment celui-ci pourra gérer la charge du travail ainsi acquise. D'autre part, il semble qu'à l'avenir, le réexamen des affaires préjudicielles pourrait représenter le noyau dur des affaires traitées dans la procédure de réexamen. En effet, tandis que, dans des affaires relevant le domaine de la fonction publique, un nombre réduit de pourvois est introduit contre les décisions du Tribunal de la fonction publique, réduisant ainsi le nombre de décisions susceptibles d'être réexaminées, toutes les décisions rendues par le Tribunal dans le cadre de la procédure préjudicielle seront soumises au réexamen.

II. – La jurisprudence récente

A. *Examen des statistiques*

Le Rapport annuel de la Cour de justice⁶¹ ne contient pas de statistiques spécifiques relatives à la procédure de réexamen. En effet, dans le Rapport annuel, cette procédure est traitée comme une « procédure particulière », à

⁵⁹ Pour un arrêt dans lequel la Cour a expressément modifié sa jurisprudence : arrêt du 25 juillet 2008, *Metock e.a.*, C-127/08, *Rec.*, p. I-06241, point 58.

⁶⁰ Voy. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », in A. ROSAS et al. (éd.), *The Court of Justice and the Construction of Europe : Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, Asser/Springer, 2013, p. 43.

⁶¹ Rapport annuel de la Cour de justice de l'Union européenne pour l'année 2012, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2013.

l'instar d'autres procédures également considérées comme telle, à savoir l'aide juridictionnelle, la taxation des dépens, la rectification, l'opposition à un arrêt rendu par défaut, la tierce opposition, l'interprétation, la révision, la procédure de saisie-arrêt et les affaires en matière d'immunité⁶². Le pourcentage des affaires traitées selon ces procédures particulières est quasiment négligeable ; parmi 632 affaires introduites en 2012, la totalité de ces procédures n'a pas dépassé 15⁶³, c'est-à-dire 2,4 %. Il en ressort que la procédure de réexamen demeure une procédure exceptionnelle qui est rarement utilisée en pratique. Cette constatation n'est pas surprenante, notamment, car le réexamen n'est actuellement possible que dans des affaires dans lesquelles un pourvoi a été introduit contre une décision du Tribunal de la fonction publique et qu'en pratique de telles affaires sont peu nombreuses⁶⁴. Il convient de souligner qu'une quantité très élevée d'affaires en réexamen signifierait que le Tribunal, en statuant sur lesdits pourvois, méconnaîtrait la jurisprudence de la Cour et l'appliquerait d'une manière erronée. En revanche, la circonstance que la procédure de réexamen est rarement employée indique que le Tribunal remplit correctement sa fonction de juridiction d'instance.

B. *Jurisprudence sur l'absence de nécessité de réexamen*

La première proposition de réexaminer une affaire a été formulée par l'avocat général, avant même que le règlement de procédure ne soit modifié afin d'inclure des règles spécifiques portant sur le réexamen⁶⁵. M. l'avocat général Maduro ayant proposé le réexamen, la grande chambre a traité l'affaire selon la procédure ordinaire et est parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu de procéder au réexamen de l'affaire⁶⁶. Depuis, la Cour a rendu d'autres décisions statuant dans le même sens, à savoir celles d'un non-lieu à réexamen : les affaires C-21/09 RX⁶⁷ concernant le transfert des droits à pension, C-180/09 RX⁶⁸ relative à la promotion des fonctionnaires, C-183/10 RX⁶⁹ sur le renouvellement du contrat d'un agent temporaire à durée déterminée, ou

⁶² *Ibid.*, p. 94.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ En 2012, seuls 10 pourvois ont été introduits contre de telles décisions. *Ibid.*, p. 158.

⁶⁵ Voy., plus particulièrement, C. NAÔMÉ, « Procédure "RX" : le réexamen, par la Cour de justice, d'affaires ayant fait l'objet d'un pourvoi devant le Tribunal », *op. cit.*, p. 106.

⁶⁶ Voy. C.J., 16 avril 2008, *Combescot/Commission*, C-216/08 RX, non publié au *Rec.*

⁶⁷ C.J., 5 février 2009, *Belgique et Commission/Genette*, C-21/09 RX, non publié au *Rec.* Pour un commentaire, voy. A. RIGAUD, « Réexamen des arrêts du TPICE rendus à l'occasion des recours contre les décisions du Tribunal de la fonction publique », *Europe*, 2009, avril, Comm. n° 148, p. 14.

⁶⁸ C.J., 5 juin 2009, *Sanchez Ferriz e.a./Commission*, C-180/09 RX, non publiée au *Rec.*

⁶⁹ C.J., 5 mai 2010, *Bianchi/Fondation européenne pour la formation (ETF)*, C-183/10 RX, non publiée au *Rec.*

C-478/10 RX⁷⁰ concernant le délai raisonnable pour présenter une demande en indemnité.

Toutefois, dans ces affaires, les propositions de l'avocat général et les motifs de la décision de la Cour de ne pas réexaminer ces affaires ne sont pas accessibles publiquement sur le site Internet de la Cour de justice⁷¹.

En revanche, dans l'affaire C-17/11 RX⁷², relative aux conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union européenne en matière de fonction publique, la Cour a motivé sa décision de ne pas procéder au réexamen. En effet, dans l'arrêt ayant fait l'objet du réexamen, le Tribunal a interprété la condition de l'existence d'une violation suffisamment caractérisée du droit de l'Union comme étant remplie lorsque « l'institution concernée commet une illégalité, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si cette illégalité constitue une méconnaissance manifeste et grave des limites du pouvoir d'appréciation de cette institution »⁷³. Or, une telle interprétation de cette condition diverge de l'interprétation retenue par la Cour dans sa jurisprudence, selon laquelle une violation du droit de l'Union est suffisamment caractérisée en cas de méconnaissance manifeste et grave, par une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation⁷⁴. Aussi, une simple infraction du droit de l'Union peut suffire uniquement lorsque l'institution en cause ne dispose que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante⁷⁵.

Néanmoins, la Cour n'a pas réexaminé l'affaire, en considérant qu'il appartenait au Tribunal – et non pas à elle-même – de veiller au développement de la jurisprudence dans le domaine de la fonction publique et que le rôle de la Cour se limitait à apprécier si les décisions du Tribunal représentaient un risque pour l'unité et la cohérence du droit de l'Union⁷⁶. Ainsi, cette affaire

⁷⁰ C.J., 27 octobre 2010, *Marcuccio/Commission*, C-478/10 RX, non publiée au *Rec.*

⁷¹ La doctrine souligne que l'absence de motivation de ce type des décisions fait objet des critiques. Voy. C. NAOMÉ, « Procédure "RX" : le réexamen, par la Cour de justice, d'affaires ayant fait l'objet d'un pourvoi devant le Tribunal », *op. cit.*, p. 108.

⁷² C.J., 8 février 2011, *Commission/Petrilli*, C-17/11 RX, *Rec.*, p. I-299.

⁷³ *Ibid.*, point 2.

⁷⁴ Voy. à cet égard p. ex. C.J., 8 octobre 1996, *Dillenkofer e.a.*, C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à C-190/94, *Rec.*, p. I-4845, point 25, C.J., 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil/Commission*, C-352/98 P, *Rec.*, p. I-5291, point 43, C.J., 19 avril 2007, *Holcim (Deutschland)/Commission*, C-282/05 P, *Rec.*, p. I-2941, point 47, C.J., 9 septembre 2008, *FIAMM e.a./Conseil et Commission*, C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, points 172 et 173, et C.J., 16 juillet 2009, *Commission/Schneider Electric*, C-440/07 P, *Rec.*, p. I-06413, point 160.

⁷⁵ Voy. p. ex. C.J., 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, *Rec.*, p. I-2553, point 28, C.J., 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil/Commission*, C-352/98 P, *Rec.*, p. I-5291, point 44, C.J., 19 avril 2007, *Holcim (Deutschland)/Commission*, C-282/05 P, *Rec.*, p. I-2941, point 47, et C.J., 16 juillet 2009, *Commission/Schneider Electric*, C-440/07 P, *Rec.*, p. I-06413, point 160.

⁷⁶ C.J., 8 février 2011, *Commission/Petrilli*, C-17/11 RX, *Rec.*, p. I-299, point 4.

est intéressante du point de vue de la répartition des compétences entre les différentes juridictions de l'Union : il semble ressortir de la décision de la Cour que le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique sont les seules institutions compétentes pour développer la jurisprudence en matière de fonction publique et qu'ils demeurent libres d'interpréter les notions du droit de l'Union d'une manière spécifique à ce domaine.

C. *L'analyse de la jurisprudence par laquelle la Cour a procédé au réexamen*

1. *La jurisprudence sous l'empire de l'ancien règlement de procédure*

La première affaire dans laquelle la Cour a effectivement réexaminé une décision du Tribunal, est intervenue en 2009⁷⁷. L'affaire portait sur l'interprétation de la notion, importante dans la jurisprudence de l'Union, de « litige en état d'être jugé », figurant dans les articles 61 du statut de la Cour de justice et 13, paragraphe 1, de l'annexe dudit statut⁷⁸. L'article 61 du statut dispose, dans son premier alinéa, que la Cour de justice, si elle annule la décision du Tribunal, peut statuer elle-même définitivement sur le litige, « lorsque celui-ci est en état d'être jugé », tandis que, en vertu de l'article 13, paragraphe 1, de l'annexe dudit statut, le Tribunal, si le pourvoi est fondé, renvoie l'affaire devant le Tribunal de la fonction publique, lorsque le litige « n'est pas en état d'être jugé ».

Dans le cadre de cette affaire, il avait été demandé, devant le Tribunal de la fonction publique, d'une part, l'annulation d'une décision de l'Agence européenne des médicaments (EMA) et, d'autre part, la condamnation de cette agence aux dommages et intérêts découlant du rejet de la demande de constitution d'une commission d'invalidité⁷⁹. Le recours a été rejeté par le Tribunal de la fonction publique par une ordonnance d'irrecevabilité⁸⁰. Or, dans le cadre du pourvoi formé contre cette ordonnance, le Tribunal n'a pas statué seulement sur la question de la recevabilité, mais également sur le fond. En effet, il a déclaré

⁷⁷ C.J., 17 décembre 2009, *M/Agence européenne des médicaments (EMA)*, C-197/09 RX-II, *Rec.*, p. I-12033.

⁷⁸ Voy. l'annexe I du statut de la Cour de justice, portant sur des règles concernant le Tribunal de la fonction publique (*J.O. L 228*, p. 226), tel que modifié par le règlement (UE, Euratom) n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 (*J.O. L 228*, p. 1).

⁷⁹ Pour le cadre factuel ainsi que le contenu du recours plus précis, voy. C.J., 17 décembre 2009, *M/Agence européenne des médicaments (EMA)*, *op. cit.*, points 5 et s.

⁸⁰ *Ibid.*, points 14 et 16.

le recours recevable, a donné droit au demandeur et lui a accordé un préjudice moral de 3 000 euros qui devrait être versé par l'EMEA⁸¹.

Dans le cadre de la procédure de réexamen, la Cour a partiellement annulé l'arrêt du Tribunal. D'une part, le litige n'était pas été en état d'être jugé, étant donné que la question relative à la demande de préjudice moral n'avait pas fait l'objet d'un débat contradictoire ni devant le Tribunal de la fonction publique ni devant le Tribunal⁸². En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour, dès lors que le Tribunal accueille l'exception d'irrecevabilité sans joindre celle-ci au fond, le litige n'est pas en état d'être jugé sur le fond⁸³. Selon la Cour, tel n'était pas le cas en l'espèce et la présente affaire ne pouvait pas non plus être couverte par l'une des deux exceptions à cette règle, développées par la jurisprudence⁸⁴, permettant à la juridiction décidant sur pourvoi de statuer sur le fond du litige même si la décision initiale a été limitée à la question de la recevabilité, lorsque, premièrement, la solution quant au fond est nécessairement contenue dans l'annulation de la décision attaquée et, deuxièmement, la décision sur le fond est basée sur des arguments sur lesquels les parties ont débattu dans le cadre du pourvoi⁸⁵. D'autre part, en ne donnant pas à l'EMEA la possibilité de s'exprimer sur la demande des dommages et intérêts du demandeur le Tribunal a méconnu le principe du contradictoire qui résulte des exigences liées au droit à un procès équitable. L'arrêt du Tribunal représentant une atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire, la Cour a annulé ledit arrêt et renvoyé l'affaire devant le Tribunal.

Eu égard à ce résultat, le Tribunal a renvoyé l'affaire devant le Tribunal de la fonction publique⁸⁶. Devant cette dernière juridiction, les parties sont parvenues à un règlement amiable selon lequel l'EMEA devait payer au requérant

⁸¹ *Ibid.*, point 19.

⁸² *Ibid.*, point 21.

⁸³ *Ibid.*, point 29. Voy. à cet égard également la jurisprudence citée dans ce point : C.J., 16 juin 1994, *SFEI e.a./Commission*, C-39/93 P, *Rec.*, p. I-2681, point 38, C.J., 10 janvier 2002, *Plant e.a./Commission et South Wales Small Mines*, C-480/99 P, *Rec.*, p. I-265, point 57, C.J., 15 mai 2003, *Pitsiorlas/Conseil et BCE*, C-193/01 P, *Rec.*, p. I-4837, point 32, C.J., 18 janvier 2007, *PKK et KNK/Conseil*, C-229/05 P, *Rec.*, p. I-439, points 91 et 123, C.J., 17 juillet 2008, *Athinaïki Techniki/Commission*, C-521/06 P, *Rec.*, p. I-5829, point 66, et C.J., 9 juillet 2009, *3F/Commission*, C-319/07 P, non encore publié au *Rec.*, point 98.

⁸⁴ C.J., 17 décembre 2009, *M/Agence européenne des médicaments (EMEA)*, *op. cit.*, point 31.

⁸⁵ *Ibid.*, point 30. À cet égard, la Cour a invoqué les arrêts du 25 mai 2000, *Ca' Pasta/Commission*, C-359/98 P, *Rec.*, p. I-3977, points 32 à 36 et 39, du 11 janvier 2001, *Gevaert/Commission*, C-389/98 P, *Rec.*, p. I-65, points 27 à 30, 34, 35 et 52 à 58, et *Martínez del Peral Cagigal/Commission*, C-459/98 P, *Rec.*, p. I-135, points 29, 34 et 48 à 54.

⁸⁶ Voy. Trib., 8 juillet 2010, *M/Agence européenne des médicaments (EMEA)*, T-12/08 P-RENV-RX, *Rec.*, p. II-3735, point 38.

une somme de 3 000 euros⁸⁷. Eu égard à ce règlement amiable, l'affaire a été radiée du registre du Tribunal.

2. *La jurisprudence récente sous l'empire du nouveau règlement de procédure*

Récemment, deux importants arrêts de la Cour ont apporté d'importantes précisions dans le cadre du réexamen.

La première affaire⁸⁸ portait sur la question de savoir si le Tribunal, en statuant⁸⁹ sur le pourvoi introduit contre l'ordonnance du tribunal de la fonction publique⁹⁰, avait interprété de manière erronée la notion de « délai raisonnable » pour l'introduction d'un recours en annulation contre un acte de la Banque européenne d'investissement (BEI). En effet, plusieurs employés de la BEI, ayant introduit un recours d'annulation contre leurs bulletins de rémunération, avaient dépassé le délai pour introduire ledit recours. Or, le dépassement était loin d'être substantiel : au lieu d'avoir introduit le recours avant la fin de la journée du 25 mai 2010, les requérants l'avaient introduit le 26 mai 2010 à 00h00.

La Cour, après avoir analysé de manière approfondie le contenu de la notion de « délai raisonnable » issu de sa propre jurisprudence ainsi que de celle du Tribunal, a conclu que l'interprétation de cette notion, établie par le Tribunal, était erronée et que ce dernier avait dénaturé la substance de cette notion, en l'interprétant d'une manière trop stricte⁹¹. La Cour a constaté que cette notion devait recevoir la même interprétation tant en ce qui concerne la durée d'une procédure administrative lorsque cette durée n'est pas prescrite par une disposition du droit de l'Union que lorsque cette notion se réfère à un recours pour lequel le droit de l'Union n'a pas prévu le délai dans lequel il doit être introduit⁹². Selon la Cour, une interprétation différente de cette notion – comme celle préconisée par le Tribunal – porterait atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union. Non seulement une telle interprétation ne prendrait pas en compte toutes les circonstances d'un cas particulier, mais elle créerait un

⁸⁷ L'ordonnance du Tribunal de la fonction publique du 31 mars 2011, *M/Agence européenne des médicaments (EMEA)*, F-23/07, RENV-RX, non encore publié au *Rec.*, points 12 à 17.

⁸⁸ C.J., C-334/12 RX-II, *Arango Jaramillo e.a./BEI*.

⁸⁹ Il s'agissait de Trib., 19 juin 2012, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, T-234/11 P, non encore publié au *Rec.*

⁹⁰ Il s'agissait de T.F.P. (ord.), 4 février 2011, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, F-34/10, non encore publiée au *RecFP*.

⁹¹ Voy., en ce sens, C.J., 28 février 2013, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, C-334/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 46.

⁹² *Ibid.*, point 33.

précédent dangereux pour l'avenir⁹³, dès lors qu'elle s'écarte de la jurisprudence constante de la Cour⁹⁴. En outre, une telle interprétation de cette notion, ne se limitant pas au domaine du droit de la fonction publique⁹⁵, serait problématique du point de vue des droits fondamentaux, notamment le droit à un recours effectif consacré par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁶.

Le Tribunal, dans sa décision rendue après le renvoi de l'affaire, a annulé l'ordonnance du Tribunal de la fonction publique et a (encore) renvoyé l'affaire devant ledit tribunal⁹⁷. Il a souligné, dans son raisonnement, que le dépassement d'un délai caractérisé comme étant « raisonnable » ne saurait entraîner automatiquement le caractère tardif du recours⁹⁸, mais qu'il convient de vérifier le caractère raisonnable du délai en prenant compte des circonstances du cas d'espèce⁹⁹. L'affaire devant le Tribunal de la fonction publique est actuellement pendante¹⁰⁰.

L'affaire *Arango Jaramillo e.a.* s'avère intéressante à deux égards.

En premier lieu, s'agissant de la procédure de réexamen, il convient de souligner que la Cour y confirme les critères en vertu desquels une décision du Tribunal porte atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union¹⁰¹. Il ressort de ces critères que, dans le cadre de la procédure de réexamen, la Cour intervient en présence d'un risque d'interprétation incohérente de la part du Tribunal¹⁰². La procédure de réexamen peut ainsi être considérée comme une procédure préventive qui doit être employée avant que le Tribunal développe une jurisprudence constante interprétant de manière erronée des notions fondamentales en droit de l'Union. En effet, une affaire comportant une interprétation erronée pourrait créer un précédent¹⁰³. Une telle approche exige, par ailleurs, une vigilance accrue de la part de la Cour lorsqu'elle examine les affaires rendues par le Tribunal dans une procédure de pourvoi.

⁹³ *Ibid.*, point 50.

⁹⁴ *Ibid.*, point 51.

⁹⁵ *Ibid.*, point 52.

⁹⁶ *Ibid.*, point 53.

⁹⁷ Trib., 9 juillet 2013, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, T-234/11 P RENV-RX, non encore publié au *Rec.*, points 36 à 38.

⁹⁸ *Ibid.*, point 34.

⁹⁹ *Ibid.*, point 32.

¹⁰⁰ Affaire *Arango Jaramillo e.a./BEI* (F-34/10 RENV-RX), en cours au 2 décembre 2013.

¹⁰¹ C.J., 28 février 2013, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, C-334/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, points 49 et s.).

¹⁰² La Cour souligne que l'arrêt du Tribunal faisant l'objet du réexamen représente la première décision dans laquelle le Tribunal a rejeté le pourvoi contre une décision du Tribunal de la fonction publique rejetant comme tardive un recours en annulation sans tenir compte de toutes les circonstances d'espèce (C.J., 28 février 2013, *Arango Jaramillo e.a./BEI*, C-334/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 50).

¹⁰³ *Ibid.*

Ensuite, un des critères pour déterminer la présence d'une atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union est également l'existence d'une jurisprudence constante de la part de la Cour concernant la notion qui fait l'objet du réexamen¹⁰⁴. *A contrario*, il pourrait être soutenu que, en l'absence d'une jurisprudence constante et bien développée, la Cour ne procédera pas au réexamen. Il semblerait que, lorsqu'il existe encore des doutes sur l'interprétation d'une notion de la part de la Cour, la décision du Tribunal ne sera pas susceptible d'être réexaminée. En effet, il convient d'observer que la Cour a, dans des arrêts rendus dans le cadre de la procédure de réexamen, démontré qu'elle interviendra effectivement en présence de décisions dans lesquelles le Tribunal méconnaît des notions qui sont déjà bien établies dans la jurisprudence. Or, la question qui se pose à cet égard est celle de savoir comment la Cour procédera si le Tribunal de la fonction publique et le Tribunal développent une jurisprudence constante sur une notion de droit de l'Union avant que celle-ci soit interprétée par la Cour. Si la Cour procède au réexamen dans de telles affaires, comment justifiera-t-elle une atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union ?

Enfin, en estimant qu'il existe une atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union, la Cour prend en compte la circonstance que la notion faisant l'objet de réexamen occupe une place importante dans l'ordre juridique de l'Union¹⁰⁵. Ce critère pourrait être compris par l'adage latin *de minimis non curat praetor*, c'est-à-dire que, si la notion concernée est d'une importance marginale sans avoir d'effet sur la globalité de la jurisprudence, la Cour ne procédera pas au réexamen. Tous ces critères démontrent que la Cour se concentrera sur les affaires les plus importantes ayant un impact significatif du point de vue de sa jurisprudence.

En second lieu, l'affaire *Arango Jaramillo e.a.* revêt une importance significative pour le droit procédural européen. En effet, dans cette affaire, la Cour fait une nette distinction entre, d'une part, les délais de recours, fixés préalablement par une règle de droit de l'Union et, d'autre part, lesdits délais qui ne font pas l'objet d'une telle détermination. Il résulte de cette affaire que la dernière catégorie des délais est largement plus souple, permettant de prendre en compte des circonstances particulières de l'affaire ainsi que la situation spécifique du requérant. Ce raisonnement repose sur le fait que le législateur de l'Union, s'il avait voulu déterminer un délai fixe, voire strict, l'aurait prescrit dans la législation applicable.

¹⁰⁴ *Ibid.*, point 51.

¹⁰⁵ *Ibid.*, point 53.

La seconde affaire récemment rendue, qui mérite d'être examinée, concerne la question de savoir si un fonctionnaire de la Commission peut reporter à la prochaine période de référence son congé annuel excédant les 12 jours qui peuvent normalement être reportés. M. Strack, étant absent du travail pour cause de congé de maladie, a demandé le report de presque quarante jours de congé, mais sa demande de report n'a été accordée que pour 12 jours¹⁰⁶. Même si le Tribunal de la fonction publique, en interprétant les dispositions du statut des fonctionnaires de l'Union européenne à la lumière de la directive 2003/88/CE¹⁰⁷, a (correctement) décidé que la décision de la Commission refusant un tel report était erronée¹⁰⁸, le Tribunal, en considérant que les directives ne lient que les États membres et non pas l'Union, a annulé l'arrêt du Tribunal de la fonction publique. En annulant l'arrêt du Tribunal, la Cour a donné droit au Tribunal de la fonction publique.

Dans son raisonnement, la Cour, en invoquant l'article 31, paragraphe 2, de la Charte¹⁰⁹, a souligné que le droit au congé annuel payé de chaque travailleur constitue un principe du droit social de l'Union¹¹⁰ qui ne saurait recevoir une interprétation restrictive¹¹¹. En se référant à sa jurisprudence relative à la directive 2003/88/CE, et notamment l'arrêt *Schultz-Hoff e.a.*¹¹², la Cour a interprété les dispositions pertinentes du statut à la lumière de cette jurisprudence et est parvenue à la conclusion selon laquelle le respect du « contenu essentiel » du droit à un congé annuel payé implique notamment que tout « travailleur ayant été privé de la possibilité de l'exercer en raison d'un congé de maladie de longue durée puisse bénéficier d'un report de ce droit »¹¹³, même si la durée dudit report dépasse les 12 jours prévues par le statut. En effet, la Cour a mis en exergue qu'en vertu d'un principe général d'interprétation un acte de l'Union ne saurait être interprété d'une manière qui remettrait en cause sa conformité avec la Charte,¹¹⁴ ce qui serait le cas si un tel report n'était pas

¹⁰⁶ L'article 4 de l'annexe V du statut prévoit, entre autre, que, lorsqu'un « fonctionnaire, pour des raisons non imputables aux nécessités du service, n'a pas épuisé son congé annuel avant la fin de l'année civile en cours, le report de congé sur l'année suivante ne peut excéder [douze] jours ».

¹⁰⁷ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*J.O.* L 299, p. 9).

¹⁰⁸ Le Tribunal de la fonction publique s'est référé, entre autre, à l'arrêt du 20 janvier 2009, *Schultz-Hoff e.a.*, C-350/06 et C-520/06, *Rec.*, p. I-179.

¹⁰⁹ Selon l'article 31, paragraphe 2, de la Charte, « [t]out travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés ».

¹¹⁰ C.J., 19 septembre 2013, *Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 26.

¹¹¹ *Ibid.*, point 29.

¹¹² C.J., 20 janvier 2009, *Schultz-Hoff e.a.*, C-350/06 et C-520/06, *Rec.*, p. I-179.

¹¹³ C.J., 19 septembre 2013, *Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 54.

¹¹⁴ *Ibid.*, point 40.

possible¹¹⁵. Par conséquent, la Cour a annulé l'arrêt du Tribunal, eu égard à la circonstance qu'il portait atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union.¹¹⁶

Or, contrairement à l'affaire *Arango Jaramillo e.a./BEI* examinée ci-dessus, la Cour n'a pas renvoyé l'affaire au Tribunal, mais a, en statuant elle-même sur l'affaire, rejeté le pourvoi de la Commission contre l'arrêt du Tribunal¹¹⁷. Cela signifie que la Cour a analysé les branches du pourvoi qui n'avaient pas été traitées dans le cadre du réexamen. Elle a ainsi tenu pour définitif une partie de l'arrêt du Tribunal, à savoir celle portant sur la question de savoir si le Tribunal de la fonction publique avait soulevé d'office un moyen portant sur la légalité au fond de la décision contestée¹¹⁸. En revanche, elle a rejeté la branche du pourvoi par laquelle la Commission avait fait valoir que le Tribunal de la fonction publique avait violé son obligation de motivation en n'ayant pas examiné la question du champ d'application de l'article 1^{er}sexies, paragraphe 2, du statut¹¹⁹.

Dans le cadre de l'analyse de cette affaire, deux observations s'imposent.

En premier lieu, l'importance de cette affaire pour la procédure de réexamen réside dans la circonstance que la Cour n'a pas renvoyé l'affaire au Tribunal, mais a statué elle-même sur l'affaire. Il s'agit ainsi de la première affaire, rendue dans le cadre de la procédure de réexamen, dans laquelle la Cour a tranché elle-même le litige. Il convient de souligner qu'une telle démarche demeure plutôt exceptionnelle et semble limitée aux cas dans lesquels « la solution du litige découle, compte tenu du résultat du réexamen, des constatations de fait sur lesquelles est fondée la décision du Tribunal »¹²⁰. La question qui se pose à cet égard est celle de savoir s'il existe une différence entre cette notion et la notion de « litige en état d'être jugé », employée dans le cadre de la procédure de pourvoi. Le litige est en état d'être jugé lorsque la Cour dispose de tous les éléments pour pouvoir statuer définitivement sur l'affaire ce qui implique, par exemple, que les questions de droit et de fait ont été débattues devant la juridiction statuant en première instance¹²¹ ou que l'appréciation de la Cour ne nécessite pas d'examen des questions de fait complexes sur la base d'éléments

¹¹⁵ *Ibid.*, point 52.

¹¹⁶ Pour le raisonnement plus précis, voy. *ibid.*, points 57 à 59.

¹¹⁷ *Ibid.*, points 61 à 69.

¹¹⁸ Voy. C.J., 19 septembre 2013, *Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 63.

¹¹⁹ *Ibid.*, points 65 à 69.

¹²⁰ Voy. l'article 62^{ter}, premier alinéa, du statut de la Cour.

¹²¹ Voy., p. ex., C.J., 26 janvier 2010, *Internationaler Hilfsfonds/Commission*, C-362/08 P, *Rec.*, p. I-669, point 65, et C.J., 18 novembre 2010, *NDSHT/Commission*, C-322/09 P, *Rec.*, p. I-11911, point 65.

qui n'ont pas été appréciés par cette dernière juridiction¹²². Il semble ainsi que les critères permettant la Cour de statuer définitivement sur une affaire se rapprochent de ceux utilisés dans le cadre de la procédure de pourvoi. En tout état de cause, la Cour procédera, en pratique, à une appréciation au cas par cas, lorsqu'elle déterminera si elle statuera elle-même dans le cadre de la procédure de réexamen.

En second lieu, du point de vue du droit matériel, il convient de souligner l'importance de cette affaire pour l'interprétation du statut des fonctionnaires qui, ainsi qu'il ressort de l'arrêt de la Cour, doit être conforme avec le droit primaire, et notamment avec la Charte¹²³. Or, il convient de souligner que la Cour s'est référée, lors de son interprétation de la disposition pertinente du statut des fonctionnaires, surtout à la directive 2003/88/CE¹²⁴ et à la jurisprudence interprétant celle-ci.

D'une part, la question qui se pose à cet égard est celle de savoir si l'interprétation d'une disposition du statut des fonctionnaires peut être conforme à la Charte – dans l'affaire en cause avec son article 31, paragraphe 2 – même si elle diffère de celle retenue dans le cadre de la directive 2003/88/CE. La circonstance que le standard de la directive est en conformité avec la Charte ne semble pas nécessairement impliquer que le même standard doive être employé lors de l'interprétation des dispositions du statut des fonctionnaires. Or, il semble que, dans le cadre de l'affaire *Commission/Strack*, il convient de prendre en compte le libellé de l'article 1^{er}sexies, paragraphe 2, du statut de fonctionnaires, qui garantit aux fonctionnaires les conditions de travail « au moins équivalentes aux prescriptions minimales applicables en vertu des mesures arrêtées dans ces domaines en application des traités ». Cet article pourrait ainsi être compris comme contenant une référence expresse au droit dérivé de l'Union, de sorte que la directive 2003/88/CE pouvait effectivement être invoquée dans cette affaire.

D'autre part, l'affaire *Commission/Strack* ouvre un débat important portant sur la question de savoir si la législation de l'Union, et notamment les directives, lient uniquement les États membres ou également l'Union et, partant, si les fonctionnaires de l'Union jouissent les mêmes droits que les travailleurs au sens de la directive 2003/88/CE. À cet égard, il convient de souligner qu'il ressort de l'arrêt *Rinke*, rendu en 2003 par la Cour en formation plénière¹²⁵, que

¹²² Voy., p. ex., C.J., 22 avril 2008, *Commission/Salzgitter*, C-408/04 P, *Rec.*, p. I-2767, point 111, et C.J., 11 décembre 2008, *Commission/Freistaat Sachsen*, C-334/07 P, *Rec.*, p. I-9465, point 63.

¹²³ C.J., 19 septembre 2013, *Commission/Strack*, C-579/12 RX-II, non encore publié au *Rec.*, point 40.

¹²⁴ Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*J.O. L 299*, p. 9).

¹²⁵ C.J., 9 septembre 2003, *Rinke*, C-25/02, *Rec.*, p. I-08349.

les directives, étant adressées aux États membres et non pas aux institutions de l'Union, ne sauraient imposer en tant que telles des obligations à ses institutions¹²⁶. Ainsi, cette question a reçu une réponse négative par le Tribunal dans son arrêt sur pourvoi dans l'affaire *Commission/Strack*.¹²⁷ Or, ainsi que la Cour l'a exposé dans le réexamen de cette affaire, une telle constatation ne signifie pas que le statut des fonctionnaires ne pourrait pas être interprété en conformité avec les directives, notamment lorsque, comme dans le cas d'espèce, ledit statut comporte une référence expresse aux mesures arrêtées en application des traités¹²⁸.

Conclusion

Les dispositions régissant la procédure de réexamen ainsi que la jurisprudence de la Cour en la matière démontrent le caractère exceptionnel de cette procédure : non seulement le nombre d'affaires pour lesquelles le premier avocat général propose le réexamen est limité, mais également les cas dans lesquels la chambre de réexamen décide de réexaminer effectivement l'affaire sont encore plus exceptionnels.

Cette procédure demeure ainsi, même sous l'empire du nouveau règlement de procédure, une procédure véritablement spéciale, utilisée dans des circonstances spécifiques et uniquement dans l'intérêt public de garantir l'unité ou la cohérence du droit de l'Union. Le caractère exceptionnel est révélateur de la qualité des décisions du Tribunal, lorsque ce dernier statue sur les pourvois formés à l'encontre des décisions du Tribunal de la fonction publique. Il est en outre intéressant de relever que la Cour n'envisage a priori pas d'interpréter certaines notions spécifiques au domaine de la fonction publique, cette compétence étant réservée au Tribunal¹²⁹. Le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique demeurent ainsi libres de développer la jurisprudence dans ce domaine d'une manière différente de la jurisprudence générale de la Cour.

Quelles perspectives peut-on envisager pour la procédure de réexamen et sa mise en œuvre à l'avenir ?

¹²⁶ *Ibid.*, point 24.

¹²⁷ Trib., 8 novembre 2012, *Commission/Strack*, T-268/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 40. Il convient de noter que le Tribunal s'est référé à cet égard uniquement à un arrêt du Tribunal de la fonction publique, confirmé par son propre arrêt.

¹²⁸ Voy. l'article 1^{er} *sexies*, paragraphe 2, du statut de fonctionnaires.

¹²⁹ Voy. C.J., 8 février 2011, *Commission/Petrilli*, C-17/11 RX, *Rec.*, p. I-299.

En premier lieu, sous l'angle du droit matériel, cette procédure se limite actuellement à la possibilité de réexamen des affaires dans le domaine de la fonction publique.¹³⁰ Or, le règlement de procédure de la Cour confère une base juridique plus étendue à cette procédure en prévoyant une possibilité de réexamen tant en ce qui concerne les décisions du Tribunal statuant sur un recours formé contre une décision des tribunaux spécialisés que pour ce qui concerne les affaires dans lesquelles le Tribunal statue sur une question préjudicielle¹³¹.

Pour ce qui est du transfert au Tribunal de la compétence pour statuer sur les questions préjudicielles dans certains domaines, il convient d'observer que l'Union n'a pas jusqu'à présent adopté d'initiatives concrètes à cet égard. En revanche, des propositions concernant les tribunaux spécialisés¹³² ont été plus nombreuses, notamment en ce qui concerne le tribunal spécialisé pour les marques¹³³. La création d'un tel tribunal est également l'option préconisée par le Tribunal lui-même¹³⁴. Néanmoins, la Cour a opté pour une proposition d'augmentation de douze juges supplémentaires au Tribunal¹³⁵ – et non pas pour la création d'un tribunal spécialisé – proposition qui est actuellement bloquée au niveau du Conseil faute d'accord sur le système selon lequel les juges doivent être nommés¹³⁶. Ces initiatives répondent à l'augmentation constante du nombre d'affaires devant le Tribunal et, partant, à la problématique de la durée de traitement des affaires devant cette juridiction, durée qui a d'ores et déjà conduit à diverses condamnations par la Cour pour dépassement du délai raisonnable¹³⁷. Le choix de l'une ou l'autre voie de réforme du système

¹³⁰ Mise en exergue par C. NAOMÉ, « Procédure “RX” : le réexamen, par la Cour de justice, d'affaires ayant fait l'objet d'un pourvoi devant le Tribunal », *op. cit.*, p. 104.

¹³¹ Voy. l'article 192, paragraphe 1, du règlement de procédure, lu en combinaison avec l'article 256, paragraphes 2 et 3, TFUE.

¹³² Selon l'article 257, paragraphe 1, TFUE, les tribunaux spécialisés, chargés de traiter certaines catégories de recours dans des matières spécifiques, sont créés par le Parlement et le Conseil par la procédure législative ordinaire.

¹³³ Voy. à cet égard, p. ex., S. SOLDEVILA FRAGOSO, « La création de juridictions spécialisées : la réponse des traités au traitement des contentieux de masse », *Europe*, février 2011, n° 2, étude 2 ; ainsi que la Résolution de la Fédération Internationale de Conseils en Propriété Industrielle, adopté à Carthagène, Colombie, le 20-24 janvier 2013, « Création d'un Tribunal spécialisé en matière de Marques et de Modèles en application de l'article 257 du TFUE », disponible sur <www.ficpi.org/library/Resolutions/CO13-RES-002-FR.pdf>.

¹³⁴ Il ressort de la lettre de M. Skouris du 28 mars 2011 à M. Buzek, contenant le « Projet de modifications du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de son Annexe I », disponible sur <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-04/projet_fr.pdf>, p. 6, que le Tribunal a exprimé sa préférence pour cette option dans un document transmis au Président de la Cour de justice le 22 décembre 2009.

¹³⁵ Voy. *ibid.*, pp. 3 et s.

¹³⁶ Voy. le communiqué de presse de la 3120^e session du Conseil du 11 décembre 2012, 17439/12, disponible sur <http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-12-517_fr.htm>. Dans la doctrine, voy. A. MEIJ, « Amending the Statute of the EU Courts », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013/1, p. 130.

¹³⁷ Voy. notamment C.J., 17 décembre 1998, *Baustahlgewebe/Commission*, C-185/95 P, *Rec.*, p. I-8417), C.J., 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt*, C-385/07 P, *Rec.*, p. I-6155. Voy. également l'affaire pendante *Kendrion*/

juridictionnel de l'Union – tribunaux spécialisés ou augmentation du nombre de juges – influera également sur l'importance quantitative du recours à la procédure de réexamen à l'avenir.

En deuxième lieu, il nous semble que la procédure de réexamen nécessite une plus grande implication des parties. Ce sont en effet les parties qui seront finalement liées par la décision de la Cour dans le cadre du réexamen. Il est, certes, vrai que cette procédure n'est pas menée dans leur intérêt, mais peut-on, notamment à la lumière du principe du contradictoire, se satisfaire d'une simple information aux parties ? L'interprétation fournie par la Cour dans l'arrêt rendu sur réexamen ne sera pas toujours nécessairement favorable aux parties, étant donné qu'une interprétation différente d'une notion du droit de l'Union pourrait entraîner d'importantes conséquences juridiques pour celles-ci. Pour ces raisons, il nous paraît préférable que les parties puissent – ne fût-ce que seulement par écrit – exprimer leur avis sur la question faisant l'objet du réexamen.

En troisième lieu, il serait préférable de traiter avec une plus grande transparence la proposition du premier avocat général de réexaminer l'affaire. La publication – même seulement dans une version électronique sur le site Internet de la Cour – de cette proposition pourrait constituer une information utile non seulement pour les parties, mais également pour le Tribunal en ce qu'elle permettrait de mettre en exergue les notions potentiellement problématiques dans sa jurisprudence. Actuellement, lorsque la Cour ne suit pas la proposition du premier avocat général de procéder au réexamen, les raisons pour lesquelles ledit réexamen a été proposé ne sont, en principe, pas connues. Si la proposition du premier avocat général continue de ne pas être publiée, une solution alternative pourrait résider dans le recours à une analyse plus étendue de la part de la Cour qui exposerait les raisons pour lesquelles il ne sera pas procédé à un réexamen, à l'instar de la décision dans l'affaire *Commission/Petrilli*¹³⁸.

Il est certain que les contours de la procédure de réexamen seront amenés à être affinés, sur la base notamment des enseignements de la jurisprudence, de sorte que, ainsi que l'exprime en substance l'adage latin *ab actu ad posse valet illatio*, l'avenir de la procédure de réexamen sera progressivement façonné par son passé.

Commission (C-50/12), dans laquelle les conclusions de l'avocat général Sharpston ont été présentées le 30 mai 2013.

¹³⁸ Voy. C.J., 8 février 2011, *Commission/Petrilli*, C-17/11 RX, *Rec.*, p. I-299, *supra*.

CHAPITRE 6. LES RECOURS EN RESPONSABILITÉ NON CONTRACTUELLE DEVANT LE JUGE DE L'UNION EUROPÉENNE

Marc PITTIE¹ et Anne JUSSIAUX²

Introduction

1. S'il fallait identifier un trait de caractère de la jurisprudence en matière de responsabilité non contractuelle de l'Union européenne (ci-après l'« Union » ou l'« UE ») qui n'est pas démenti par les dernières années, ce serait sa frilosité. Frilosité à tirer toutes les conséquences de ses constats. Les derniers arrêts de la Cour de justice (ci-après la « Cour ») et du Tribunal (ci-après le « Tribunal ») de l'Union qui présentent un intérêt certain pour l'appréciation des évolutions de cette matière essentielle à la crédibilité institutionnelle des organes de l'Union, confirment que les juridictions européennes restent frileuses à l'idée de consacrer pleinement la portée de la responsabilité non contractuelle de l'Union telle qu'elle est effectivement envisagée dans les traités fondateurs.

2. Ainsi, si l'appréciation de la faute semble en mesure de connaître une nouvelle ouverture dans la jurisprudence de la Cour, cette embellie (pour les victimes des actes préjudiciables des institutions européennes et donc *in fine* pour le citoyen européen au service duquel doivent fonctionner ces institutions) est aussitôt « rafraîchie » par les ambiguïtés dont se pare l'appréciation du dommage récupérable ou le lien de causalité nécessaire entre une telle faute et le dommage dans la jurisprudence récente. Une même rigueur doit être constatée s'agissant de la responsabilité sans faute de l'Union dont le principe n'est, à ce jour, pas établi par les juridictions. Tout espoir de voir se développer un droit de la responsabilité non contractuelle de l'Union digne de l'importance sans cesse accrue des actions des institutions européennes dans la vie économique et même quotidienne de l'Union n'est pas perdu. Loin de là. Il est même permis

¹ Avocat aux barreaux de Bruxelles et Paris, ancien référendaire au Tribunal de l'Union européenne. L'auteur peut être contacté à l'adresse MarcPITTIE@bredinprat.com.

² Avocat au barreau de Paris. L'auteur peut être contactée à l'adresse annejussiaux@bredinprat.com.

de penser que certains aménagements institutionnels pourraient aider à l'essor tant attendu de ce pan important de l'arsenal juridique de l'Union.

3. Nous examinerons l'état des questions de compétence et de recevabilité dans la jurisprudence récente en nous attachant à l'appréciation de l'autonomie des recours en indemnité, pour les développements intéressants qui y figurent (I). Nous proposerons ensuite notre lecture des évolutions en matière de responsabilité non contractuelle de l'Union en distinguant les principes applicables à la responsabilité pour faute de ceux de la responsabilité sans faute (II).

I. – Les conséquences de l'autonomie des recours en indemnité portés devant les juridictions de l'Union sur leur recevabilité

4. L'autonomie des recours indemnitaires dont les juridictions européennes sont saisies doit être appréciée par rapport aux compétences dévolues aux juridictions nationales (A), mais également par rapport aux autres recours relevant de la compétence des juridictions européennes (B).

A. L'autonomie des recours en indemnité formés devant les juridictions européennes au regard des recours portés devant les juridictions nationales

5. En vertu de l'article 268 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE »), les juridictions européennes sont compétentes à titre exclusif pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages causés par les institutions et les agents, dans l'exercice de leurs fonctions de l'Union, en matière de responsabilité non contractuelle³. *A contrario*, la Cour et le Tribunal ne sont en principe pas compétents pour connaître des questions relatives à la responsabilité contractuelle de l'Union, étant précisé que la Cour peut en connaître si le contrat concerné contient une clause compromissoire en ce sens⁴.

Les juridictions européennes veillent au respect de la répartition des compétences prévue par le TFUE entre les juridictions européennes et les juridictions

³ Nous n'aborderons pas, dans le cadre de cet article, les autres questions relatives à l'articulation des compétences des juridictions européennes et nationales, notamment celle de l'imputation du dommage à l'Union et/ou aux États membres. Pour de plus amples explications sur cette question, voy. notamment M. WATHELET, *Contentieux européen*, coll. Précis de la Faculté de droit de Liège, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 257 ; J. G. HUGLO, « Recours en indemnité, Nature et fondement, Conditions de recevabilité », *Jurisclasseur Europe*, Traité Fasc 370, cote 01, 2011, pt. 4 ; K. LENARTS, D. ARTS et I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, 2^e éd., Thomson, 2006, pp. 373 et s.

⁴ Articles 272 et 274 du TFUE.

nationales, ce que confirme la jurisprudence récente. Elles s'assurent de connaître de toutes les affaires relevant de leur compétence, sans excéder les limites prévues dans les traités.

6. Soucieuse de protéger ses prérogatives, la Cour a ainsi rappelé, dans le cadre d'un recours préjudiciel, qu'une action en responsabilité non contractuelle dirigée contre l'Union, même si elle est fondée sur une réglementation nationale instituant un régime légal particulier divergeant du régime commun de l'État membre, ne relève pas de la compétence des juridictions nationales mais uniquement de celle des juridictions européennes⁵. En effet, dès lors qu'une action revêt les caractéristiques générales d'une action tendant à la réparation d'un dommage causé par l'UE en matière de responsabilité non contractuelle, celle-ci relève de la compétence exclusive des juridictions européennes⁶.

7. La Cour veille néanmoins à ne pas empiéter sur les compétences dévolues aux juges nationaux. Un arrêt récent⁷ a, de ce point de vue, apporté des précisions intéressantes sur les critères permettant de déterminer la nature contractuelle ou extracontractuelle d'une action en responsabilité contre l'Union et donc de désigner la juridiction compétente pour connaître du différend. Selon les termes utilisés par l'Avocat général⁸, l'affaire soulevait une question « inédite de répartition verticale des compétences entre juge de l'Union et juridictions nationales », son enjeu principal résidant dans la définition des modalités suivant lesquelles le juge de l'Union doit, dans le respect du principe des compétences d'attribution, statuer sur sa compétence pour connaître d'une action en responsabilité extracontractuelle dans le cadre de laquelle une exception d'incompétence tirée de la nature contractuelle du litige est soulevée.

Soulignons que la détermination de la nature, contractuelle ou extracontractuelle, d'un litige auquel l'Union est partie n'est pas seulement fondamentale en ce qu'elle conditionne la compétence juridictionnelle de l'Union ou des États membres. Elle l'est également en ce qui concerne le droit applicable au litige, avec des conséquences immédiates sur la réponse à donner à une exception fondée sur la nature contractuelle dudit litige⁹.

8. Dans cette affaire, le Tribunal¹⁰ avait, au terme d'une analyse détaillée des dispositions contractuelles, conclu qu'il était compétent pour connaître du

⁵ C.J., 29 juillet 2010, *Hanssens-Ensch*, C-377/09, *Rec.*, p. I-07751, points 17 et 23.

⁶ *Ibid.*, point 22.

⁷ C.J., 18 avril 2013, *Systran et Systran Luxembourg*, C-103/11 P, non encore publié au *Rec.*

⁸ Conclusions de l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalon, présentées le 15 novembre 2012, point 1, sous C.J., 18 avril 2013, *Systran et Systran Luxembourg*, C-103/11 P, non encore publié au *Rec.*

⁹ *Ibid.*, point 39.

¹⁰ Trib., 16 décembre 2010, *Systran et Systran Luxembourg*, T-19/07, *Rec.*, p. II-6083, points 57 et s.

litige et condamné la Commission européenne (ci-après la « Commission ») au paiement de dommages-intérêts.

9. Saisie du pourvoi formé par la Commission, la Cour fournit une véritable méthode permettant au juge de déterminer la nature du litige dans un cas où il est saisi sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, alors que le litige s'inscrit dans un contexte contractuel¹¹.

10. La Cour a tout d'abord relevé qu'afin de déterminer la nature du litige en cause, la juridiction saisie ne doit pas se fonder uniquement sur les règles juridiques invoquées par les parties. Selon la Cour, s'il en allait autrement, la juridiction compétente serait susceptible de changer en fonction des normes invoquées par les parties, ce qui irait à l'encontre des règles de compétence matérielle des différentes juridictions¹².

Elle a ensuite exposé, de manière abstraite, les éléments qui doivent être analysés par les juridictions saisies pour évaluer leur compétence. Ainsi, elle a considéré que les juges devaient vérifier si le recours en indemnité dont ils ont été saisi a pour objet une demande de dommages-intérêts reposant de manière « objective et globale » sur des droits et obligations d'origine contractuelle ou d'origine non contractuelle¹³. Pour ce faire, les juges doivent analyser en particulier les éléments suivants : la règle de droit violée, la nature du préjudice invoqué, le comportement reproché, les rapports juridiques existant entre les parties en cause, et s'il existe un véritable contexte « contractuel » du litige qu'il est nécessaire d'examiner afin de statuer sur le litige.

11. La Cour a précisé que cette analyse doit être d'une intensité limitée, puisqu'en l'absence de clause compromissoire, les juridictions européennes doivent se déclarer incompétentes, dès lors qu'il apparaît nécessaire d'interpréter le contenu d'un ou plusieurs contrats conclus entre les parties¹⁴.

En l'espèce, la Cour a constaté que le Tribunal avait analysé les contrats qui avaient lié la requérante et la Commission pour déterminer la solution du litige, ce qui relève du fond et non de la détermination liminaire de la nature même de celui-ci.

La Cour a dit pour droit que, lorsqu'il est indispensable d'interpréter un ou plusieurs contrats conclus entre les parties en cause pour établir la légalité ou l'illégalité du comportement reproché aux institutions, le litige est de nature contractuelle et échappe donc à la compétence des juridictions européennes.

¹¹ C.J., 18 avril 2013, *Systran et Systran Luxembourg*, *op. cit.*

¹² Voy. aussi C.J., 20 mai 2009, *Guigard*, C-214/08 P, *Rec.*, p. I-00091*, point 43.

¹³ C.J., 18 avril 2013, *Systran et Systran Luxembourg*, *op. cit.*, point 66.

¹⁴ *Ibid.*, point 67.

12. Cet arrêt illustre clairement la volonté de la Cour de veiller à ce que la répartition des compétences entre les juridictions nationales et européennes soit cohérente. Une même logique se retrouve dans la jurisprudence relative à l'articulation des différents recours portés devant les juridictions de l'Union.

B. *L'autonomie du recours en indemnité devant les juridictions de l'Union par rapport aux autres recours*

13. Après avoir rappelé le principe de l'autonomie du recours en indemnité porté devant les juridictions de l'Union (1), nous nous interrogerons sur les conséquences de l'existence d'un lien étroit entre deux recours sur la compétence et la recevabilité d'une telle action (2).

1. *Principe*

14. Le principe de l'autonomie du recours en indemnité formé devant les juridictions de l'UE est admis de longue date¹⁵. En effet, il résulte d'une jurisprudence constante que le recours en indemnité a été institué comme une voie de droit autonome ayant sa fonction particulière dans le système des voies de recours et subordonnée à des conditions d'exercice conçues en vue de son objet spécifique¹⁶. En particulier, alors que les recours en annulation et en carence visent à sanctionner l'illégalité d'un acte juridiquement contraignant (ou l'absence d'un tel acte), le recours en indemnité a pour objet la demande en réparation d'un préjudice découlant d'un acte ou d'un comportement illicite (voire licite) imputable à une institution.

15. L'existence du recours en indemnité a souvent été présentée comme « un moyen de compenser l'ouverture restreinte du recours en annulation et d'assurer ainsi malgré tout une protection juridictionnelle »¹⁷, en permettant aux requérants d'introduire une action en responsabilité indépendamment de l'annulation de l'acte leur faisant grief. En érigeant le recours en indemnité en voie de droit autonome, la Cour a ainsi ouvert une possibilité pour les particuliers de bénéficier d'une protection juridictionnelle contre des actes pour lesquels ils ne pouvaient obtenir l'annulation.

¹⁵ Voy., en particulier, s'agissant de l'autonomie par rapport au recours en carence, C.J., 28 avril 1971, *Liitticke*, 4/69, *Rec.*, p. 325, point 6, ou, par rapport au recours en annulation, C.J., 13 juin 1972, *Compagnie d'approvisionnement et Grands Moulins de Paris*, 9/71 et 11/71, *Rec.*, p. 391, point 4.

¹⁶ C.J., 26 février 1986, *Krohn*, 175/84, *Rec.*, p. 753, point 32.

¹⁷ D. RITLENG, « De l'irresponsabilité extracontractuelle de la Communauté », in *L'Union européenne : union de droit, Union des droits, mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 922.

Il résulte de l'autonomie du recours en indemnité que l'irrecevabilité d'un recours en annulation ne saurait automatiquement entraîner celle d'un recours tendant à la réparation d'un dommage prétendument subi¹⁸. En conséquence, il est envisageable, s'agissant de deux voies de recours autonomes, de déclarer un recours irrecevable en ce qui concerne la demande en annulation, tout en constatant que la demande en indemnité subsiste¹⁹.

De même, les conditions entourant l'engagement de la responsabilité de l'Union doivent être interprétées indépendamment des conditions d'octroi d'un sursis à exécution dans le cadre d'un recours en annulation²⁰.

16. La Cour a très récemment rappelé le principe d'autonomie entre les recours en annulation et en indemnité à une entreprise alléguant, dans le cadre de son recours en annulation, du préjudice qu'elle aurait subi du fait de la durée excessive d'une procédure. Après avoir rejeté les arguments avancés au soutien de l'annulation, la Cour a en effet souligné que, « pour autant que la requérante considère que ses difficultés financières présentent un lien de causalité avec le non-respect par le Tribunal du principe du délai de jugement raisonnable, il lui est loisible de le faire valoir dans le cadre d'un recours [en indemnité] »²¹. La Cour veille donc à ce que les différents recours conservent leur autonomie et leur objet propre.

17. La limite de ce principe est posée par l'interdiction de détourner la procédure. Les juridictions considèrent en effet qu'un requérant ne peut, par le biais du recours en indemnité, tenter d'obtenir un résultat semblable à celui d'une annulation alors que le recours en annulation serait irrecevable²².

Les juridictions ont néanmoins précisé l'étendue de ce principe. En effet, il serait contraire à l'autonomie du recours en indemnité, ainsi qu'à l'efficacité du système des voies de recours instauré par le traité de considérer qu'un recours en indemnité serait irrecevable, au seul motif qu'il pourrait conduire à un résultat comparable aux résultats d'un recours en annulation.

À cet égard, ne sont déclarés irrecevables que les recours en indemnité qui tendent en réalité à obtenir le retrait d'une décision individuelle devenue définitive et auraient pour effet, s'ils étaient accueillis, d'annihiler les effets juridiques de cette décision²³. Tel est le cas lorsque le recours en indemnité vise

¹⁸ C.J., 26 février 1986, *Krohn*, 175/84, *Rec.*, p. 753, point 28, ou encore Trib. (ord.), 17 mai 2013, *FH*, T-405/12, non encore publié au *Rec.*, point 28.

¹⁹ Trib. (ord.), 17 mai 2013, *FH*, *op. cit.*, point 28.

²⁰ Trib., 3 mars 2010, *Artedogan*, T-429/05, *Rec.*, p. II-00491, point 51.

²¹ C.J., 26 novembre 2013, *Groupe Gascogne S.A.*, C-58/12 P, non encore publié au *Rec.*, point 103.

²² C.J., 15 décembre 1966, *Schrenckenberg*, 59/65, *Rec.*, p. 785.

²³ Trib., 24 octobre 2000, *Fresh Marine*, T-178/98, *Rec.* p. II-3331, point 50.

au paiement d'une somme dont le montant correspond exactement à celui de droits qui ont été payés par le requérant en exécution d'une décision individuelle. Dans une telle situation, la jurisprudence considère que cela met en évidence un détournement de procédure²⁴.

Les juridictions ont également précisé qu'il était nécessaire de constater l'existence d'un lien étroit entre le recours en indemnité et le recours en annulation (ce dernier ayant été jugé irrecevable) pour conclure à l'irrecevabilité du premier lorsque, dans le cadre de son recours en indemnité qui pouvait être susceptible d'annihiler les effets juridiques d'une décision devenue définitive, le requérant cherchait en réalité à obtenir un bénéfice plus étendu (mais incluant celui qu'il aurait pu retirer d'un arrêt d'annulation)²⁵.

L'existence d'un lien étroit entre les recours en annulation et en indemnité a pu également être utilisée au bénéfice des requérants.

2. *Le lien étroit existant entre des recours, critère de recevabilité*

18. Si le caractère autonome des différentes voies de recours prévues devant les juridictions européennes ne fait pas l'ombre d'un doute, la Cour et le Tribunal n'ont pas hésité à utiliser les complémentarités pouvant exister entre les différents recours pour garantir la protection juridictionnelle effective des justiciables. À cet égard, au stade de la recevabilité des recours, une approche pragmatique a pu être adoptée.

19. L'existence d'un recours en annulation a pu servir de fondement au Tribunal pour qu'il reconnaisse sa compétence afin de connaître d'une action en responsabilité formée à titre accessoire. Dans l'arrêt *Evropaïki Dynamiki*²⁶, le Tribunal a considéré que l'autonomie du recours en indemnité n'empêche pas de tenir compte, d'une part de la complémentarité qui peut exister entre le recours en annulation et le recours en indemnité, lorsque ce lien ou cette complémentarité existent, ainsi que, d'autre part, du caractère accessoire du second par rapport au premier au stade de l'appréciation de la recevabilité de ces recours. Une telle interprétation doit permettre d'éviter que le sort du recours en indemnité ne soit artificiellement dissocié de celui du recours en annulation, dont il n'est pourtant que l'accessoire ou le complément.

²⁴ C.J., 26 février 1986, *Krohn*, *op. cit.*, point 33.

²⁵ C.J. (ord.), 4 octobre 2010, *Ivanov*, C-532/09 P, *Rec.* p. I-00123*, points 23 à 25, ou encore Trib. (ord.), 24 mai 2011, *Power-One Italy Spa*, T-489/08, *Rec.*, p. II-00149*, point 46.

²⁶ Trib., 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki*, T-461/08, *Rec.*, p. II-6367, points 55 à 58.

Le Tribunal a ainsi constaté que le principe de la compétence du juge pour connaître d'un recours en responsabilité non-contractuelle formé contre la Banque européenne d'investissement n'était pas prévu par les textes. Toutefois, le Tribunal s'est estimé compétent sur le fondement des articles 268, 257 et 340 du TFUE pour connaître du recours en indemnité, dès lors que cette demande présente un caractère accessoire par rapport à une demande en annulation d'un acte de la Banque européenne d'investissement produisant des effets de droit définitifs à l'égard de tiers, qui est elle-même recevable.

20. Le Tribunal a donc, aux termes de cet arrêt, élargi sa compétence afin de connaître d'un recours en indemnité formé à l'encontre de la Banque européenne d'investissement, ce qui lui a permis de pallier les lacunes existant dans le système actuel des voies de recours. L'élargissement de sa compétence en matière d'action en responsabilité repose sur une vision étroite de l'autonomie du recours en indemnité par rapport au recours en annulation, eu égard au lien existant en l'espèce entre les deux recours. En effet, alors que le principe de l'autonomie conduit, en règle générale, à dissocier le sort des deux recours, le Tribunal, pour admettre sa compétence a, semble-t-il, subordonné la recevabilité du recours en indemnité à la recevabilité du recours en annulation.

21. L'existence d'un lien entre les recours en indemnité et en annulation peut également être utilisée, afin de permettre la recevabilité d'un recours en annulation. Un tel cas de figure se présente en particulier lorsque l'acte contre lequel un recours en annulation a été formé a été abrogé par les institutions compétentes. Dans cette hypothèse, le recours en annulation peut notamment conserver un intérêt pour servir de fondement à une éventuelle action indemnitaire ultérieure²⁷. En outre, afin de démontrer que le requérant conservait un intérêt à agir en dépit de l'abrogation d'un acte à l'encontre duquel il avait formé un recours en annulation, la Cour a souligné, dans l'arrêt *Abdulbasit Abdulrahim*, qu'au regard de l'ampleur de l'atteinte à la réputation du requérant, l'annulation d'un acte illégal pouvait constituer une forme de réparation du préjudice moral subi par le requérant du fait de l'illégalité de cet acte tout en rappelant qu'un tel constat ne peut, en tant que tel, réparer un préjudice matériel ou une atteinte à la vie privée²⁸. Dans cette hypothèse, la recevabilité du recours en annulation est justifiée par le fait que les requérants doivent pouvoir obtenir la réparation du préjudice subi, qu'elle soit obtenue par le biais de l'annulation de l'acte lui-même ou dans la cadre d'une action en responsabilité ultérieure.

²⁷ Conclusions de l'Avocat général Bot présentées le 22 janvier 2013, dans l'affaire *Abdulbasit Abdulrahim*, C-239/12 P, point 67 et la jurisprudence citée.

²⁸ C.J., 28 mai 2013, *Abdulbasit Abdulrahim*, C-239/12 P, non encore publié au *Rec.*, point 72.

22. Au stade de la recevabilité des recours, la Cour et le Tribunal ont donc su faire preuve d'une certaine œuvre créatrice afin de permettre aux citoyens de l'Union de bénéficier d'une véritable protection juridictionnelle, tout en veillant au strict respect de la répartition des compétences prévues entre les juridictions nationales et européennes. Pour ce faire, les juridictions de l'Union n'ont pas hésité à combler les lacunes existant dans le système de protection juridictionnelle pour développer une jurisprudence protectrice des intérêts des particuliers. Un certain optimisme se dégage donc des arrêts récents statuant sur des questions de recevabilité.

Une telle volonté ne semble en revanche pas se retrouver à ce jour dans l'analyse des conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité de l'UE.

II. – L'impossible réunion des conditions permettant d'engager la responsabilité des institutions européennes

23. La « frilosité » décrite en introduction, parfois qualifiée d'extrême rigueur par les praticiens, conduit toujours les juridictions de l'Union à rejeter la grande majorité des recours en indemnité qui leur sont soumis.

Cela étant, la motivation de leurs arrêts fournit des éclairages intéressants que nous avons choisis, pour les besoins de cet exercice, d'examiner avec optimisme ! Finalement, nous serons toutefois encore loin, malgré cet état d'esprit favorable, d'avoir à constater que les conditions d'engagement de la responsabilité extra contractuelle de l'Union pour les actes posés par ses institutions se sont assouplies au cours des cinq dernières années qu'il s'agisse de démontrer la responsabilité pour faute (A) ou sans faute de l'Union (B).

A. La responsabilité pour faute

24. Pour paraphraser les juridictions de l'Union, « selon une jurisprudence constante, l'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union pour comportement illicite de ses organes est subordonné à la réunion d'un ensemble de conditions, à savoir que le requérant prouve l'illégalité du comportement reproché à l'institution, la réalité du préjudice et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement allégué et le préjudice invoqué »²⁹. Il nous semble

²⁹ À titre d'exemples récents, C.J., 19 avril 2012, *Artegoda*, C-221/10 P, non encore publié au *Rec.*, point 80, et Trib., 7 novembre 2012, *Syndicat des thoniers méditerranéens e.a.*, T-574/08, non encore publié au *Rec.*, point 56 (pourvoi pendant).

intéressant d'aborder dans un premier temps les trois conditions cumulatives pour apprécier les éventuels développements enregistrés dans la jurisprudence récente (1, 2 et 3), avant de commenter l'effet combiné de ces différentes appréciations spécifiques (4).

1. *La faute*

25. Cette condition telle que définie dans la jurisprudence à ce jour consiste à exiger que le requérant établisse l'existence d'une « violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ». Le critère décisif, selon cette jurisprudence à présent établie, pour démontrer la violation suffisamment caractérisée est « celui de la méconnaissance manifeste et grave, par l'institution communautaire concernée, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation ». Lorsque l'institution concernée ne dispose que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire pour établir l'existence de cette fameuse « violation suffisamment caractérisée »³⁰, pour autant qu'une administration normalement prudente et diligente ne s'en serait pas rendue coupable³¹.

26. Cette référence à une administration normalement prudente et diligente revient bien entendu à l'imposition d'un degré supplémentaire d'exigence, même lorsque l'institution en cause ne disposait pas d'une large marge d'appréciation, voire d'aucune marge d'appréciation particulière. C'est la référence au concept de « la faute inexcusable » inséré dans la jurisprudence à la suite des contentieux en indemnité générés par les comportements illégaux de la Commission en matière de contrôle des concentrations de l'Union, où le niveau des préjudices concernés était potentiellement considérable³².

27. La nature générale ou individuelle de l'acte en cause est également à présent privée de pertinence, puisqu'elle n'est pas déterminante pour identifier les limites du pouvoir d'appréciation dont dispose l'institution en cause³³.

28. Comme le relève malheureusement le Tribunal à juste titre, le recours en indemnité tel qu'il est aujourd'hui consacré dans la jurisprudence de l'Union « ne vise pas à assurer la réparation du préjudice causé par toute illégalité »³⁴.

³⁰ À titre d'exemple récent, Trib., 2 mars 2010, *Arcelor*, T-16/04, *Rec.*, p. II-211, point 141.

³¹ À titre d'exemple récent, Trib., 16 mai 2013, *GAP*, T-437/10, non encore publié au *Rec.*, point 56.

³² Trib., 9 septembre 2008, *MyTravel Group*, T-212/03, *Rec.*, p. II-01967, Trib., 11 juillet 2007, *Schneider Electric*, T-351/03, *Rec.*, p. II-02237, et C.J., 16 juillet 2009, *Schneider Electric*, C-440/07 P, *Rec.*, p. I-06413.

³³ Trib., 3 mars 2010, *Artedogan*, T-429/05, *Rec.*, p. II-491, point 54.

³⁴ *Ibid.*, point 51.

C'est en quelque sorte la reconnaissance explicite d'une forme d'irresponsabilité des institutions de l'Union, qui est considérée comme nécessaire au bon fonctionnement de celles-ci ...

29. En effet, pour les juridictions de l'Union, il convient « d'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 »³⁵.

30. Les juridictions de l'Union ont eu l'occasion à plusieurs reprises, ces derniers temps, de revenir sur la notion de « règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers », en relevant à juste titre que la méconnaissance, même manifeste et grave, d'une règle n'ayant pas d'effet direct n'est pas de nature à engager la responsabilité non contractuelle de l'Union³⁶. Dans son ultime arrêt du 19 avril 2012 dans l'affaire *Artedogan* relative au caractère préjudiciable d'un retrait d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament (plusieurs arrêts des deux juridictions de l'Union dans cette affaire), la Cour a rappelé que, si le non-respect d'une règle n'ayant pas d'effet direct intrinsèque n'est pas de nature à engager la responsabilité non contractuelle de l'Union, il peut en aller différemment d'un comportement qui consisterait à adopter une mesure contraire à une règle qui n'a pas d'effet direct et qui serait également contraire à une règle matérielle ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers³⁷. La Cour le rappelle afin de relever l'existence d'une erreur de droit dans le raisonnement de l'arrêt du Tribunal attaqué sur pourvoi, sans toutefois que cette erreur de droit n'entraîne l'annulation de l'arrêt attaqué dès lors que d'autres motifs de cet arrêt justifiaient la validité de son dispositif aux yeux de la Cour³⁸.

31. Arrêtons-nous toutefois quelques lignes sur deux arrêts récents du Tribunal qui pourraient être présentés, à première vue, comme une possible embellie concernant l'application de cette première condition d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union : il s'agit, d'une part, de l'arrêt *Idromacchine* et, d'autre part, de l'arrêt *GAP*.

D'une part, dans son arrêt *Idromacchine*, au moment où il apprécie l'établissement de la première condition, le Tribunal constate que la Commission ne dispose pas d'une large marge d'appréciation dans l'application de l'obligation

³⁵ Trib., 11 juillet 2007, *Schneider Electric*, *op. cit.*, point 125, et Trib., 9 septembre 2008, *MyTravel Group*, *op. cit.*, point 42.

³⁶ Voy. Trib., 22 mars 2010, *SPM*, C-39/09 P, *Rec.*, p. I-33*, point 79.

³⁷ C.J., 19 avril 2012, *Artedogan*, C-221/108, points 81 et 82.

³⁸ *Ibid.*, points 94 et 110.

de confidentialité consacrée à l'article 287 CE et que, dès lors, « cette infraction suffit pour établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée au sens de la jurisprudence [...] »³⁹. Le Tribunal se contente de ce constat et ne poursuit pas son analyse en vérifiant si le comportement en l'espèce se serait départi de celui d'une administration généralement prudente et diligente.

D'autre part, dans son arrêt *GAP*⁴⁰, le Tribunal a examiné la marge d'appréciation dont disposait la Commission dans le cadre du comportement qui lui était reproché, en distinguant divers aspects et en retenant pour ceux-ci des marges d'appréciation de nature différente. Cependant, tant pour l'aspect pour lequel le Tribunal ne reconnaît pas de marge d'appréciation que pour celui pour lequel il lui reconnaît une certaine marge d'appréciation, le Tribunal considère que le critère du comportement illicite de la Commission est établi par la partie requérante⁴¹. Ce qui nous semble porteur d'espoir pour les particuliers victimes d'actes illicites des institutions de l'Union, c'est que dans cet arrêt, le Tribunal semble imposer un test moins exigeant de réalisation de la première condition d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union, et cela spécifiquement pour l'aspect du comportement pour lequel l'institution disposait d'une certaine marge d'appréciation. À lire cet arrêt⁴², à nouveau avec un regard un tant soit peu optimiste s'agissant de la définition de cette première condition de l'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union, il nous semble que le Tribunal considère que, lorsque l'institution dispose d'une marge d'appréciation, il ne faut même pas démontrer que la faute n'aurait pas été commise par une administration normalement prudente et diligente (le concept de « faute inexcusable »).

32. Ces deux arrêts constituent indéniablement un progrès à nos yeux sur cette première condition relative à la faute. Il conviendra toutefois d'en relativiser les effets comme nous le relèverons ci-après.

2. *Le préjudice*

33. La seconde condition d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union « exige que le préjudice dont il est demandé réparation soit réel et certain », « un préjudice purement hypothétique et indéterminé ne donnant pas droit à réparation »⁴³. Cette seconde condition ne fait pas l'objet de

³⁹ Trib., 8 novembre 2011, *Idromacchine e.a./Commission*, T-88/09, *Rec.*, p. II-7833, point 56 ; confirmé par C.J., 3 septembre 2013, *Idromacchine e.a.*, C-34/12 P, non encore publié au *Recueil*.

⁴⁰ Trib., 16 mai 2013, *GAP*, précité.

⁴¹ *Ibid.*, points 62 et 70.

⁴² *Ibid.*, points 63 à 72.

⁴³ Voy., à titre d'exemple, Trib., 7 novembre 2012, *Syndicat des thoniers méditerranéens*, *op. cit.*, point 59.

nombreux développements, les recours en indemnité échouant fréquemment à démontrer l'existence d'un comportement fautif ou d'un lien de causalité, ce qui suffit à rejeter le recours, puisque les trois conditions sont cumulatives. Les quelques enseignements récents sont donc à rechercher dans les rares recours qui franchissent l'obstacle de la première condition (et/ou la troisième).

34. Dans son arrêt *Idromacchine* précité, le Tribunal a examiné trois types de préjudice : un préjudice immatériel causé à l'image et à la réputation de l'entreprise en raison du comportement fautif de la Commission (en l'occurrence la publication de son nom dans un document officiel en méconnaissance de l'obligation de confidentialité pesant sur la Commission), un préjudice moral causé à ses dirigeants et un préjudice matériel causé à l'entreprise. Dans le cadre de l'examen des préjudices de nature matérielle, le Tribunal nous semble avoir fait application d'une approche contestable qui opère un amalgame entre les frais d'expertise et d'avocats supportés par les requérants sans rapport avec la procédure contentieuse, et le même type de frais présentés au titre des dépens récupérables au sens de la jurisprudence de l'Union⁴⁴.

En effet, il est pour le moins étrange de considérer que les frais d'expert, d'avocat et d'autres interventions (en l'occurrence celle d'une employée) dans le cadre des démarches entreprises avant l'introduction du recours et qui ont pourtant un lien non contesté avec le comportement fautif allégué, ne puissent pas être présentés au titre d'un préjudice matériel, simplement parce que de tels frais exposés dans le cadre et pour les besoins de la procédure contentieuse devant le Tribunal seraient qualifiés de dépens. Dès lors que ces frais ne sauraient être qualifiés de dépens récupérables, la position du Tribunal revient à en faire des frais irrécupérables, alors même qu'ils ont été engendrés directement par le comportement fautif de l'institution en cause et qu'ils répondent, par leur nature, à la définition du préjudice réel et certain.

35. Dans la même veine, dans son arrêt *GAP* précité, alors même que le Tribunal constate le caractère réel et certain du dommage invoqué et renvoie les parties à un stade ultérieur pour la fixation du montant du préjudice et de l'indemnisation estimant qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour déterminer le montant de l'indemnité à octroyer à la requérante à ce stade, le Tribunal requalifie d'office une partie de la demande en considérant qu'il s'agit en réalité d'une demande de condamnation de l'institution au paiement des dépens de l'instance et l'évacue sur la base de ce tour de passe-passe à nouveau pour le moins contestable⁴⁵.

⁴⁴ *Ibid.*, points 100 et 101.

⁴⁵ *Ibid.*, point 86.

3. *Le lien de causalité*

36. S'agissant de cette troisième condition, la jurisprudence récente confirme que le lien de causalité « est admis lorsqu'il existe une relation de cause à effet suffisamment directe entre le comportement reproché et le préjudice allégué, relation dont il appartient au requérant d'apporter la preuve. Le comportement reproché doit ainsi être la cause déterminante du préjudice allégué »⁴⁶. La notion de « cause déterminante » est bien entendu l'obstacle le plus ardu pour les requérants, cette preuve pouvant être difficile à rapporter et l'appréciation des juridictions de l'Union sous cet angle étant quasi-discretionnaire.

37. La jurisprudence rappelle ainsi que le propre comportement d'un requérant peut rompre un tel lien de causalité entre un comportement fautif d'une institution et le préjudice invoqué, dans la mesure où le comportement du requérant si celui-ci a négligé d'éviter ou n'a pas tenté de limiter son propre dommage, serait ainsi devenu la « cause déterminante » de son propre préjudice⁴⁷.

4. *La lecture combinée de ces appréciations spécifiques*

38. Les quelques embellies qui apparaissent sporadiquement dans la jurisprudence récente sur chacune des trois conditions prises isolément doivent malheureusement être tempérées lorsque l'on examine leur effet à la lecture combinée de l'appréciation des trois conditions. En effet, ces embellies ponctuelles et très spécifiques sont plutôt révélatrices d'une appréciation « d'opportunité » et nous semblent difficilement qualifiables de tendance d'assouplissement des conditions à réunir pour engager la responsabilité non contractuelle de l'Union.

Le niveau très élevé du test qui permet d'espérer pouvoir engager la responsabilité non contractuelle de l'Union lorsque ses institutions n'ont pas respecté le droit de l'Union semble être profondément ancré dans la jurisprudence et les réflexes d'appréciation des juridictions européennes.

39. Ces dernières années, les recours en indemnité qui ont été accueillis restent très rares et ne conduisent jamais qu'à des condamnations de l'Union à la réparation de préjudices dont les montants restent très limités.

⁴⁶ Voy., à titre d'exemple, Trib., 10 juillet 2012, *Interspeed*, T-587/10, non encore publié au *Rec.*, point 39 (pourvoi pendant).

⁴⁷ Voy. C.J., 18 mars 2010, *Trubowest Handel*, C-419/08 P, *Rec.*, p. I-2259, point 61.

À cet égard, l'arrêt *Idromacchine*⁴⁸ nous semble une parfaite illustration. Le Tribunal y considère ainsi que la méconnaissance des obligations de confidentialité dont s'est rendue coupable la Commission dans cette affaire doit conduire à l'engagement de la responsabilité de l'UE. Cependant, le malaise des juridictions de l'Union à aller au bout de son initiative est perceptible, ainsi que sa volonté de limiter les effets de sa déclaration de responsabilité à une réparation symbolique (20.000 euros sur une demande de réparation en principal de plus de 8 millions d'euros).

En effet, dans cet arrêt *Idromacchine*, le Tribunal a considéré qu'en divulguant publiquement le nom du requérant dans la version non confidentielle d'une décision, la Commission a méconnu son obligation de confidentialité tenant au respect du secret professionnel consacré par l'article 287 du traité CE (devenu 339 du TFUE).

Or, dans ce même arrêt, le Tribunal a précisé, en faisant moult références à la jurisprudence, que « les informations couvertes par le secret professionnel peuvent être tant des informations confidentielles que des secrets d'affaires [...] dont la divulgation est susceptible de causer un préjudice sérieux à la personne qui les a fournies ou à des tiers »⁴⁹. Ce qui fait notamment dire en l'espèce au Tribunal que « la divulgation par la Commission de faits et d'appréciations présentant nommément *Idromacchine* de manière défavorable dans la décision litigieuse était de nature à causer un préjudice sérieux à cette dernière »⁵⁰ et que « la divulgation de l'information mentionnée au point 46 ci-dessus était susceptible de porter atteinte à l'image et à la réputation d'*Idromacchine* »⁵¹. Cependant, au moment de traduire les effets de cette violation suffisamment caractérisée de droits conférés au requérant⁵², les juridictions de l'Union utilise plusieurs arguments liés à la matérialité des préjudices allégués et à la prétendue absence de lien de causalité pour limiter au strict minimum la réparation qu'il va octroyer au requérant, bien en deçà du montant réclamé par ce dernier pour le seul chef de préjudice retenu *in fine* par le Tribunal (20.000 euros de préjudice immatériel d'atteinte à l'image sur une fourchette de 1.650.000 à 2.750.000 euros réclamée par le requérant). Pour une entreprise, même très petite, une atteinte à sa réputation et à son image en raison d'une identification illégale dans un document officiel d'une institution européenne

⁴⁸ Trib, 8 novembre 2011, *Idromacchine e.a.*, précité.

⁴⁹ *Ibid.*, point 45.

⁵⁰ *Ibid.*, point 48.

⁵¹ *Ibid.*, point 49.

⁵² Trib, 8 novembre 2011, *Idromacchine e.a.*, précité ; confirmé par CJ, 3 septembre 2013, *Idromacchine e.a.*, précité.

comme la Commission ne saurait raisonnablement être limitée à une somme de 20.000 euros.

Force est de constater que le résultat final de cette affaire est davantage une incitation aux particuliers à ne pas introduire de recours en indemnité, même en cas d'atteinte grave à leurs droits, qu'une réparation un tant soit peu équitable du préjudice qui a manifestement résulté de la faute commise en l'espèce, compte tenu de sa nature intrinsèque.

B. *La responsabilité sans faute*

40. Afin de contourner le standard de preuve particulièrement élevé exigé par les juridictions européennes pour engager la responsabilité pour faute des institutions, les requérants ont tenté de se placer sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle de l'Union, en l'absence de comportement illicite imputable à ses organes.

À titre liminaire, relevons que si cette responsabilité est en règle générale qualifiée de « responsabilité sans faute » ou de responsabilité en l'absence d'acte illicite de l'Union, l'on pourrait également imaginer que les justiciables s'en saisissent pour obtenir réparation des préjudices subis en l'absence de violation suffisamment caractérisée pour engager la responsabilité pour faute de l'UE.

Si les juridictions de l'Union ont d'abord hésité à trancher la question (1), la Cour a semblé rejeter l'existence même du principe de la responsabilité sans faute (2). Tout espoir d'assouplissement n'est toutefois pas exclu (3).

1. *Les prémisses jurisprudentielles*

41. Les juridictions européennes n'ont pas directement exclu l'existence même d'un principe de responsabilité sans faute de l'UE. La formulation de certains arrêts a même pu suggérer que, bien que les conditions ne fussent pas, en l'espèce, réunies, la responsabilité sans faute pourrait, dans son principe, exister⁵³. Cette question a été évoquée dès les années 1970 par la Cour⁵⁴.

⁵³ C.J., 24 juin 1986, *Développement SA et Clemessy*, C-267/82, *Rec.*, p. 1907, C.J., 6 décembre 1984, *Biovilac*, 59/83, *Rec.*, p. 4057, et C.J., 29 septembre 1987, *De Boer Buizen*, 81/86, *Rec.*, p. 3677.

⁵⁴ C.J., 13 juin 1972, *Compagnie d'approvisionnement et Grands Moulins de Paris*, 9/71 et 11/71, *Rec.*, p. 391, points 45 et 46.

Notons, en particulier, que, dans l'arrêt *Biovilac*⁵⁵, la Cour a prévu les conditions qui devraient être remplies dans l'hypothèse où serait admis en droit communautaire un régime de responsabilité sans faute avant de constater que celles-ci n'étaient pas remplies en l'espèce. La Cour a adopté une approche légèrement différente dans l'arrêt *De Boer Buizen*. Elle a en effet souligné que si l'adoption d'une réglementation communautaire faisait supporter à certaines entreprises une part disproportionnée des charges prévues, il appartenait aux institutions communautaires de prendre des mesures appropriées pour y remédier.

42. L'arrêt qui a donné lieu aux interprétations les plus optimistes sur ce sujet est sans conteste l'affaire *Dorsch Consult*. Aux termes de cet arrêt⁵⁶, le Tribunal a considéré, en faisant référence aux précédents arrêts de la Cour, que :

« [S]’agissant comme en l’espèce, de l’engagement de la responsabilité de la Communauté du fait d’un acte licite, le Tribunal relève qu’il résulte de la jurisprudence en la matière que, dans l’hypothèse de l’admission en droit communautaire d’un tel principe, *l’engagement d’une telle responsabilité supposerait, en tout état de cause, l’existence d’un préjudice “anormal” et “spécial”* ».

43. Le Tribunal a ensuite pris la précaution de définir ce qu'il convenait d'entendre par préjudice « anormal » et « spécial ». Un tel préjudice, qui doit naturellement être né et actuel, doit affecter une catégorie particulière d'opérateurs économiques d'une façon disproportionnée par rapport aux autres opérateurs et dépasser les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné, sans que l'acte communautaire se trouvant à l'origine du dommage invoqué ne soit justifié par un intérêt économique général⁵⁷.

En l'espèce, ces conditions n'étant pas réunies, le Tribunal a rejeté le recours.

44. Saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour n'a pas remis en cause l'analyse du Tribunal et a souligné que « la responsabilité non contractuelle de la Communauté ne saurait être engagée en raison d'un acte « licite », comme en l'espèce, que si les trois conditions rappelées [...], à savoir la réalité du préjudice prétendument subi, le lien de causalité entre celui-ci et l'acte reproché aux institutions de la Communauté ainsi que le caractère anormal et spécial de ce préjudice, sont cumulativement remplies »⁵⁸.

⁵⁵ C.J., 6 décembre 1984, *Biovilac*, *op. cit.*

⁵⁶ Trib., 28 avril 1998, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH*, T-184/95, *Rec.*, p. II-667, point 59.

⁵⁷ *Ibid.*, point 80.

⁵⁸ C.J., 15 juin 2000, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH*, C-237/98 P, *Rec.*, p. I-4549, points 51 et 52.

45. Ultérieurement, le Tribunal a confirmé son interprétation, dans l'arrêt *Galileo*, en soulignant que « les droits nationaux de la responsabilité non contractuelle permettent aux particuliers, bien qu'à des degrés variables, dans des domaines spécifiques et selon des modalités différentes, d'obtenir en justice l'indemnisation de certains dommages, même en l'absence d'action illécite de l'auteur du dommage »⁵⁹. Le Tribunal a en l'espèce considéré que le préjudice subi ne présentait aucun caractère anormal dès lors que les requérantes s'étaient volontairement exposées au risque que quelqu'un d'autre, en l'occurrence la Commission, puisse légalement intituler du même nom célèbre (*Galileo*) son programme de recherche en matière de radionavigation par satellite que celui choisi par les requérantes pour leurs marques, produits et services⁶⁰.

46. Ces premiers arrêts abordant la question de la responsabilité objective de l'Union n'admettaient ni n'excluaient par principe celle-ci⁶¹, contrairement à la jurisprudence postérieure de la Cour.

2. *Le rejet d'un régime de responsabilité sans faute*

47. Les affaires *FIAMM* et *Fedon* ont donné aux juridictions européennes la possibilité de clarifier leur position quant à l'existence d'un tel régime de responsabilité au sein de l'Union.

48. Dans ces affaires, les sociétés requérantes ont cherché à engager la responsabilité de l'Union pour les préjudices qu'elles ont subi du fait de l'imposition par les États-Unis d'Amérique de mesures de rétorsion consistant en l'application d'une surcharge douanière très élevée sur un certain nombre de produits (dont des produits fabriqués et exportés notamment par les sociétés *FIAMM* et *Fedon*). Ces mesures de rétorsion ont été prises dans le cadre d'un contentieux entre les États-Unis et la Communauté européenne relatif au régime communautaire d'importation des bananes. En effet, à la suite d'une décision de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après l'« OMC ») constatant l'incompatibilité du régime communautaire d'importation de bananes avec les accords de l'OMC, la Communauté européenne s'était abstenue de mettre en conformité ledit régime dans un délai raisonnable.

⁵⁹ Trib., 10 mai 2006, *Galileo Internation Technology e.a.*, T-279/03, *Rec.*, p. II-1291, point 146.

⁶⁰ *Ibid.*, point 150.

⁶¹ M. WATHELET, *Contentieux européen*, *op. cit.*, p. 294.

49. Si le Tribunal a admis que la responsabilité sans faute de l'Union pouvait être recherchée, il a estimé que les conditions n'étaient pas réunies au cas d'espèce. Le Tribunal a en effet constaté que le préjudice subi par les requérantes ne revêtait pas un caractère anormal de nature à pouvoir engager la responsabilité objective de l'Union. Celui-ci n'excédait pas, selon le Tribunal, les limites des risques inhérents à leur activité exportatrice dans la mesure où « l'éventualité d'une suspension des concessions tarifaires, mesure prévue par les accords OMC et cas de figure présenté en l'espèce, est l'une des vicissitudes inhérentes au système actuel du commerce international »⁶².

50. Saisie des pourvois formés par les sociétés FIAMM et Fedon, la Cour a mis un coup d'arrêt à la possibilité de reconnaître la responsabilité de l'Union en l'absence d'acte illicite imputable à ses organes, se dépliant des recommandations de l'Avocat général⁶³.

51. Selon l'Avocat général, la consécration d'un principe de responsabilité sans faute de l'Union permettrait, dans un souci de justice, de compenser la rigueur des conditions d'engagement de la responsabilité pour faute de l'Union. En outre, elle servirait également aux exigences d'une bonne gouvernance en obligeant les institutions à mieux évaluer les coûts qui pourraient résulter de l'absence de mise en conformité des réglementations européennes avec les exigences de l'OMC. Enfin, la reconnaissance d'un tel principe conduirait à l'ordre juridique européen la maîtrise de la répartition interne des conséquences de la liberté de comportement des institutions dans le cadre de l'OMC, dès lors que ce ne serait plus aux partenaires commerciaux de choisir discrétionnairement les catégories d'opérateurs ayant à subir les mesures de rétorsion⁶⁴.

52. Après avoir longuement décrit les principes applicables à la responsabilité pour faute de l'Union, la Cour a souligné que les deux types de responsabilité ne suivaient pas le même régime au sein des États membres : « [F]orce est de constater, à cet égard, que, si l'examen comparatif des ordres juridiques des États membres a permis à la Cour de procéder très tôt au constat [...] en ce qui concerne une convergence des ordres juridiques dans la consécration d'un principe de responsabilité en présence d'une action ou d'une omission illégale de l'autorité, y compris d'ordre normatif, *il n'en va nullement de même en ce qui concerne l'existence éventuelle d'un principe de responsabilité en présence d'un*

⁶² Trib., 14 décembre 2005, *FIAMM*, T-69/00, *Rec.*, p. II-5393, point 205, et Trib., *Fedon e.a.*, T-135/01, *Rec.*, p. II-29*, point 194.

⁶³ Conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro, présentées le 20 février 2008, sous C.J., 9 septembre 2008, *FIAMM e.a./Conseil et Commission*, C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513.

⁶⁴ *Ibid.*, points 57 à 61.

acte ou d'une omission licites de l'autorité publique, en particulier lorsque ceux-ci sont d'ordre normatif »⁶⁵.

53. La Cour a déduit de ce constat que : « [E]n l'état actuel du droit communautaire, *il n'existe pas de régime de responsabilité permettant d'engager la responsabilité* de la Communauté du fait d'un comportement relevant de la sphère de compétence normative de celle-ci *dans une situation dans laquelle l'éventuelle non-conformité d'un tel comportement avec les accords OMC ne peut pas être invoquée* devant le juge communautaire »⁶⁶.

54. Pour justifier la « conception restrictive de la responsabilité de la Communauté du fait de l'exercice de ses activités normatives »⁶⁷ qu'elle soit pour faute ou *a fortiori* sans faute, la Cour estime que l'exercice de la fonction législative ne doit pas être entravée par la perspective d'actions en dommages-intérêts chaque fois que l'intérêt général de l'Union commande de prendre des mesures normatives susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers.

55. La Cour a cependant prévu, afin d'atténuer la rigueur de sa position, deux exceptions qui permettraient d'engager la responsabilité de l'Union, en l'absence d'acte illicite imputable à ses organes.

56. Premièrement, la Cour a souligné que le législateur de l'Union disposait d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si, à l'occasion d'un acte normatif donné, la prise en compte de certains effets justifiait de prévoir certaines formes d'indemnisation. La Cour a donc renvoyé le législateur européen à ses responsabilités en lui indiquant qu'à défaut d'avoir prévu un système spécifique d'indemnisation, les justiciables seront privés de toute possibilité d'obtenir réparation de leur préjudice par la voie de l'action en responsabilité non-contractuelle de l'Union. La Cour a d'ailleurs relevé qu'un tel système avait déjà pu être prévu⁶⁸.

57. La seconde limite a trait au respect des droits fondamentaux. La Cour a admis qu'un acte normatif européen dont l'application porterait une « atteinte intolérable et démesurée »⁶⁹ à la substance même de certains droits fondamentaux pourrait engager la responsabilité extracontractuelle de l'Union (sous réserve bien sûr qu'aucune indemnisation propre à éviter ou corriger ladite atteinte n'ait été prévue). En l'espèce, la Cour a considéré qu'aucune

⁶⁵ C.J., 9 septembre 2008, *FIAMM et Fedon*, C-120/06 P et C-121/06 P, *Rec.*, p. I-6513, point 175, italique ajouté.

⁶⁶ *Ibid.*, point 176, italique ajouté.

⁶⁷ *Ibid.*, point 176, italique ajouté.

⁶⁸ C.J., 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture et Hydro Seafood*, C-20/00 et C-64/00, *Rec.*, p. I-7411, point 85.

⁶⁹ C.J., 9 septembre 2008, *FIAMM et Fedon*, *op. cit.*, point 184.

atteinte intolérable et démesurée n'avait été portée au droit de propriété et au libre exercice de l'activité professionnelle des requérantes.

58. Une telle exception, aussi louable soit elle, semble de prime abord relever de la pétition de principe afin de préserver aux yeux de la Cour l'apparence d'un système complet et efficace de recours au niveau européen⁷⁰, sans pour autant permettre aux justiciables d'obtenir la réparation de leurs préjudices. Pourtant, l'espoir de voir reconnaître un principe de responsabilité sans faute par les juridictions européennes est, nous semble-t-il, toujours permis.

3. *L'espoir d'un assouplissement ?*

59. Il ressort de la jurisprudence postérieure à l'affaire *FIAMM* que, loin d'avoir confirmé l'absence de tout principe de responsabilité sans faute de l'Union, la Cour et le Tribunal pourraient avoir laissé la porte entrebâillée.

60. Dans cette perspective, la Cour a admis le principe d'une responsabilité de l'Union pour enrichissement sans cause. La Cour a en effet considéré, dans l'arrêt *Masdar*, que l'action *de in rem verso* faisait partie des principes communs aux droits des États membres. Selon la Cour, écarter par principe une telle action « aboutirait à une résultat contraire au principe de protection juridictionnelle effective »⁷¹. Il est permis de déduire de cet arrêt que la Cour accepte qu'une action ne reposant pas sur la preuve d'un comportement illégal de l'Union puisse être nécessaire pour garantir la protection juridictionnelle des particuliers.

61. Postérieurement, saisie d'un pourvoi portant notamment sur la responsabilité sans faute de l'Union, la Cour s'est contentée, dans l'arrêt *Sviluppo Italia Basilicata*⁷², de confirmer l'analyse du Tribunal quant à l'absence de caractère anormal ou spécial du préjudice subi :

« [S]ans qu'il y ait lieu pour la Cour de se prononcer sur la possibilité d'engager la responsabilité de l'Union pour un dommage causé par un acte légal dans des circonstances telles que celles de l'espèce, il suffit de constater que le Tribunal a pu, sans commettre d'erreur de droit, rejeter ce moyen dès lors que les préjudices matériels et moraux invoqués par la requérante ne présentent, en tout état de cause, aucun caractère anormal et spécial. »⁷³

⁷⁰ Voy. A. ARCURI et S. POLI, *What price for the Community enforcement of WTO law ?*, EUI Working Papers, Law 2010/01, p. 20, disponible sur <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/13534>>.

⁷¹ C.J., 16 décembre 2008, *Masdar (UK) Ltd*, C-47/07 P, *Rec.*, p. I-9761, point 50.

⁷² C.J., 25 mars 2010, *Sviluppo Italia Basilicata SpA*, C-414/08 P, *Rec.*, p. I-2559.

⁷³ *Ibid.*, point 141.

62. Force est de constater que la Cour n'a pas saisi l'occasion de cette affaire pour entériner les principes de l'arrêt *FIAMM*. Il laisse donc poindre une lueur d'optimisme quant à la possibilité de consacrer un jour la responsabilité sans faute de l'Union. Il serait alors permis de penser que cet arrêt pourrait être interprété comme un arrêt d'espèce dont la portée n'excède en réalité pas le cas très spécifique des accords de l'OMC dont l'éventuelle violation ne peut pas être invoquée devant les juridictions de l'UE. Cette interprétation semble pouvoir être corroborée par une lecture littérale de l'arrêt qui ne contient aucun attendu de principe général écartant le principe de la responsabilité sans faute au sein de l'Union en toute situation⁷⁴. Il pourrait d'ailleurs être compréhensible que la Cour ait uniquement souhaité sanctuariser la marge de manœuvre dont disposent les institutions dans le cadre des négociations internationales au sein de l'OMC, sans faire de cette affaire un arrêt décisif et définitif sur l'existence d'un principe de responsabilité sans faute⁷⁵.

63. Plus encore, si le Tribunal a déjà écarté le principe même de la responsabilité sans faute, dans d'autres affaires⁷⁶, il a continué à examiner si les conditions d'application de la responsabilité sans faute de l'Union seraient réunies au cas d'espèce⁷⁷. En particulier, le Tribunal, « sans choisir la voie de la résistance frontale », a tenté de « s'insinue[r] plus judicieusement dans les interstices de l'arrêt *FIAMM* dont le caractère "bancal" permet de ré-ouvrir la voie vers une possible responsabilité sans faute pourtant niée avec force par la Cour »⁷⁸ dans l'arrêt *Syndicat des thoniers méditerranéens*⁷⁹.

Après avoir longuement rappelé les principes dégagés par la Cour dans l'arrêt *FIAMM*, le Tribunal a constaté que le préjudice invoqué ne dépassait pas les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné, ce qui lui permet de conclure qu'« il n'était pas « anormal » au regard des conditions en vertu desquelles la responsabilité non contractuelle de la Communauté pourrait, le cas échéant, être engagée du fait d'un acte licite »⁸⁰.

⁷⁴ Voy. *supra*, l'attendu de la Cour se réfère uniquement à la situation dans laquelle l'éventuelle non-conformité d'un tel comportement avec les accords OMC ne peut pas être invoquée devant le juge de l'Union.

⁷⁵ Alors même qu'il ressort très clairement des conclusions de l'avocat général que celui-ci souhaitait que la Cour saisisse l'opportunité qui lui était offerte dans cette affaire pour consacrer de façon générale le principe même de la responsabilité sans faute de l'Union.

⁷⁶ Trib., 16 septembre 2009, *Pigasos Aliestiki Nafitiki Etairia*, T-162/07, *Rec.*, points 74 à 77.

⁷⁷ Trib., 7 novembre 2012, *Syndicat des thoniers méditerranéense.a.*, T-574/08, non encore publié au *Rec.*, (pouvoir pendant), et Trib., 16 septembre 2013, *Animal Trading Company (ATC) BV e.a.*, T-333/10, non encore publié au *Rec.*, point 196 (soulignons néanmoins que le Tribunal ne s'est pas contenté de rappeler l'existence actuelle d'un régime de responsabilité non-contractuelle de l'Union du fait d'un acte licite, mais a relevé que les requérantes ne démontraient pas l'existence d'un préjudice anormal et spécial).

⁷⁸ V. MICHEL, « Responsabilité sans faute », *Europe*, janvier 2013, comm. 17.

⁷⁹ Trib., 7 novembre 2012, *Syndicat des thoniers méditerranéense.a.*, *op. cit.*

⁸⁰ *Ibid.*

L'arrêt étant actuellement frappé d'un pourvoi, il sera intéressant de voir comment la Cour choisira de se positionner.

Conclusion

64. La jurisprudence de l'Union en matière de responsabilité non contractuelle de l'Union reste une jurisprudence « d'opportunité ». Elle s'est figée et, à nos yeux, a sensiblement réduit la portée des dispositions du traité qui l'organise, au gré de quelques contentieux dont les conséquences financières auraient pu être très significatives pour le budget de l'Union en cas de succès pour les requérants.

En réalité, d'aucuns peuvent considérer que les juridictions de l'Union se montrent plus clémentes lorsque le risque financier encouru par les caisses de l'Union est limité. Il agit donc davantage comme un « banquier » de l'Union que comme un gardien des règles qui régissent le fonctionnement de l'Union. Dans un État de droit, comme l'Union, un tel constat n'est pas réjouissant, même s'il est permis de comprendre les ressorts de l'appréciation des juges confrontés aux conséquences réelles des comportements fautifs des institutions européennes. C'est sans doute aussi l'illustration d'un profond malaise du juge lorsqu'il se trouve placé devant la nécessité de déterminer la portée financière de son appréciation de la responsabilité des organes de l'Union.

65. L'Union restant une jeune construction, il est toutefois permis d'espérer que les juridictions de l'Union souhaiteront dénoncer à l'avenir dans leur jurisprudence cette lecture de leur action sur le recours en responsabilité non contractuelle de l'Union, qui est un pilier indispensable de la crédibilité de l'action des institutions européennes, pour tous les particuliers concernés, tant personnes physiques qu'entreprises. Nous formons le vœu que le juge sera davantage en mesure à l'avenir de faire abstraction de l'enjeu financier d'un contentieux au moment d'apprécier les conditions d'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union et que les modifications récentes des traités l'aideront à franchir ce pas.

66. Il nous semble en particulier permis d'espérer que les juridictions européennes, ainsi que cela a déjà pu être suggéré⁸¹, se saisissent de l'opportunité ouverte par le Traité de Lisbonne qui établit « une distinction entre les actes législatifs et les actes non législatifs à partir de considérations organiques

⁸¹ D. RITLENG, « De l'irresponsabilité extracontractuelle de la Communauté », *op. cit.*, p. 931.

et formelles »⁸² pour renforcer l'effectivité des recours en responsabilité non contractuelle de l'Union. Désormais, en application de l'article 14 du Traité sur l'Union européenne, le Parlement européen et le Conseil de l'Union exercent conjointement la fonction législative. Dans l'exercice de cette compétence, ces institutions adoptent des actes législatifs⁸³ conformément à la procédure législative⁸⁴. En consacrant la notion d'actes législatifs, il semblerait plus aisé aux juridictions de l'Union de se départir de leur position extrêmement rigoureuse qui se justifie par la volonté de protéger l'exercice législatif, au moins lorsqu'il s'agit de reconnaître la responsabilité de l'Union en vertu des actes non législatifs mentionnés à l'article 290 TFUE.

De ce point de vue, nous souscrivons entièrement à l'idée selon laquelle pour ne pas réintroduire un décalage entre les régimes de responsabilité de l'Union et des États membres, la condition d'une violation suffisamment caractérisée pourrait être maintenue, mais la simple illégalité entachant un acte non législatif dommageable devrait suffire à l'établir, quelle que soit la marge de manœuvre dont disposait son auteur⁸⁵. Un tel assouplissement pourrait permettre d'améliorer l'effectivité des recours en responsabilité non contractuelle sans porter une atteinte déraisonnée, nous semble-t-il, à l'exercice du pouvoir législatif par les institutions européennes.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Article 289, paragraphe 3, TFUE.

⁸⁴ En application de l'article 289, paragraphes 1 et 2, TFUE, la procédure législative ordinaire est la procédure de co-décision et ce n'est que par exception qu'une procédure législative spéciale est prévue.

⁸⁵ D. RITLÉNG, « De l'irresponsabilité extracontractuelle de la Communauté », *op. cit.*, p. 932.

CHAPITRE 7. L'INDEMNISATION DE LA PERTE DE CHANCE EN DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE DE L'UNION EUROPÉENNE

Valérie GIACOBBO-PEYRONNEL¹

Introduction

Le contentieux visant à la réparation d'un dommage causé par une institution à un fonctionnaire ou à un agent de l'Union se caractérise notamment par le fait que, « à la différence de tout autre particulier, le fonctionnaire ou l'agent est lié à l'institution dont il dépend par une relation juridique d'emploi comportant un équilibre de droits et d'obligations réciproques spécifiques, qui est reflété par le devoir de sollicitude de l'institution à l'égard de l'intéressé ». Aussi, l'Union est-elle soumise à une « responsabilité accrue, se manifestant par l'obligation de réparer les dommages causés à son personnel par toute illégalité commise en sa qualité d'employeur »².

Une manifestation de cette responsabilité « accrue » réside dans le fait que le principe de la réparation de la perte de chance a été admis en droit de la fonction publique, et ce dès le début des années 1990³, soit plus de quinze ans

- ¹ L'auteur est référendaire au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne et peut être contactée à l'adresse valerie.giacobbo-peyronnel@curia.europa.eu. Les opinions émises dans la présente étude n'engagent que son auteur et en aucune manière l'institution à laquelle elle appartient.
- ² Voy. notamment Trib., 12 juillet 2012, *Commission/Nanopoulos*, T-308/10 P, non encore publié au *Rec.*, points 102 et suivants, et la jurisprudence citée, et Trib., 16 décembre 2010, *Commission/Petrilli*, T-143/09 P, non encore publié au *Rec.* Pour une présentation d'ensemble récente, voy. G. GATTINARA, « Le recours en indemnité dans le contentieux de la fonction publique européenne », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2012/4, p. 679. Pour un commentaire de l'arrêt *Commission/Petrilli*, voy. L. POTVIN-SOLIS et F. LELIÈVRE, « Chronique de jurisprudence de la fonction publique européenne », *Revue de l'Union européenne*, n° 547, avril 2011, p. 270 et, sur la décision de la Cour de ne pas réexaminer l'arrêt *Commission/Petrilli*, voy. *Revue de l'Union européenne*, n° 552, octobre-novembre 2011, p. 611. Pour une mise en perspective dans un contexte plus large, voy. S. VAN RAEPENBUSCH, « La convergence entre les régimes de responsabilité extracontractuelle de l'Union et des États membres », *ERA Forum*, 2012, p. 671.
- ³ Trib., 17 mars 1993, *Moat/Commission*, T-13/92, *Rec.*, p. II-287 (implicite), et Trib., 27 octobre 1994, *C/Commission*, T-47/93, *RecFP*, p. I-1-233 et II-743 (« la perte d'une chance est susceptible de constituer un préjudice réparable »). Pour sa part, la Cour a admis cette solution par un arrêt du 14 mai 1998, *Conseil/De Nil et Impens* (C-259/96 P, *Rec.*, p. I-2915, point 28).

avant que le droit communautaire des marchés publics n'admette une solution comparable⁴.

La spécificité de la responsabilité de l'Union dans le domaine de la fonction publique explique également que la Cour de justice ait prononcé, le 21 février 2008, l'un des arrêts les plus importants sur l'indemnisation de la perte de chance, à savoir l'arrêt *Commission/Girardot*⁵, alors qu'aucun principe général ne pouvait être dégagé des droits nationaux du travail ou de la fonction publique⁶, seuls certains de ces droits reconnaissant le caractère indemnisable de la perte de chance⁷. C'est que, contrairement à l'article 340 TFUE (ancien article 288 CE) qui prévoit une réparation « conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres »⁸, rien de tel ne figure dans les dispositions qui sont le fondement de la responsabilité non contractuelle de l'Union en matière de fonction publique, à savoir l'article 270 TFUE (ancien article 236 CE) et les articles 90 et 91 du statut des fonctionnaires de l'Union⁹.

Le Traité et le statut ne donnant d'ailleurs que peu d'indications sur le régime et les conditions de la responsabilité de l'Union, les juridictions de l'Union ont dû développer, par touches successives, une jurisprudence qui, vu l'ampleur de la tâche, a pu ne pas toujours paraître uniforme¹⁰. Ce constat vaut *a fortiori* pour l'indemnisation de la perte de chance, dont la reconnaissance par la jurisprudence est, somme toute, assez nouvelle.

Plusieurs décisions récentes s'efforcent néanmoins de synthétiser et de préciser cette jurisprudence et méritent donc un examen approfondi¹¹. Elles

⁴ Voy. Trib., 20 septembre 2011, *Evropaïki Dynamiki/BEI*, T-461/08, *Rec.*, p. II-6367, points 66 et 67. Pour une description de la jurisprudence en matière de marchés publics jusqu'en 2007, voy. aussi les conclusions de l'avocat général sous C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *Rec.*, p. I-833, *RecFP*, p. I-B-2-5 et II-B-2-37, point 57.

⁵ C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*

⁶ Conclusions de M. l'avocat général sous C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, point 51. Il est vrai cependant que plusieurs droits nationaux prévoyaient des modalités d'indemnisation de la perte de chance qui ont pu inspirer le juge de l'Union (voy. points 53 à 56 des conclusions).

⁷ Au moment de l'introduction du recours.

⁸ Sur les « Introuvables principes généraux communs aux droits des États membres », voy. F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la CEE*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 11 et s.

⁹ Rien n'empêche cependant de faire référence à ces droits (voy. les conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 22 novembre 2007 sous C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, points 49 et 50, ainsi que l'arrêt de la Cour, point 73). L'article 91 du statut des fonctionnaires prévoit depuis l'origine que « dans les litiges de caractère pécuniaire, la Cour de justice a une compétence de pleine juridiction ».

¹⁰ Ce constat figure, pour la responsabilité générale de l'Union, dans F. MARIATTE et R. MUNOZ, D. SIMON (dir.), *Contentieux de l'Union européenne*, t. 2, Paris, Lamy 2011, point 128.

¹¹ Pour la seule année 2013, cinq arrêts concernent la perte de chance : Trib., 11 septembre 2013, *L/Parlement*, T-317/10 P, non encore publié au *Rec.*, T.F.P., 13 mars 2013, *AK/Commission*, F-91/10, non encore publié au *RecFP*, T.F.P., 11 juillet 2013, *CC/Parlement*, F-9/12, non encore publié au *RecFP*, T.F.P., 7 octobre 2013,

témoignent, au demeurant, d'une période, marquée par la crise économique, caractérisée par la difficulté de trouver un emploi et par le sentiment corrélatif, plus fort que par le passé, d'avoir « perdu une chance » lorsque la perspective d'un tel emploi disparaît.

Si le caractère indemnisable de la perte de chance ne fait aucun doute, les conditions d'indemnisation ont encore des contours assez flous qui appellent des précisions ou, à tout le moins, une application plus cohérente et systématique (I). Il s'avère, en outre, très difficile de trouver une méthode pour déterminer le montant de l'indemnisation de la perte de chance qui soit à la fois juste et praticable (II).

I. – Des conditions d'indemnisation aux contours mouvants

En droit de la fonction publique de l'Union, l'engagement de la responsabilité non contractuelle de l'Union¹² suppose la réunion de trois conditions cumulatives, à savoir l'illégalité du comportement reproché aux institutions, la réalité du dommage et l'existence d'un lien de causalité entre le comportement et le préjudice invoqué. La perte de chance qui a été définie par la jurisprudence du juge de l'Union comme la disparition d'une éventualité favorable¹³ ou l'espoir déçu d'obtenir un avantage¹⁴, est une forme de dommage (ou de « préjudice », les deux mots étant considérés comme synonymes)¹⁵. Alors que, initialement, certains arrêts ont qualifié la perte de chance de préjudice moral¹⁶, il est désormais établi qu'elle constitue une forme de préjudice

Thomé/Commission, F-97/12, non encore publié au *RecFP*, et T.F.P., 17 octobre 2013, *BF/Cour des comptes*, F-69/11, non encore publié au *RecFP*.

¹² C'est évidemment à ce type de responsabilité – et non à la responsabilité contractuelle – que se consacre la présente étude.

¹³ T.F.P., 11 juillet 2013, *CC/Parlement*, F-9/12, non encore publié au *RecFP*, point 114 (pourvoi pendant, affaire T-457/13 P).

¹⁴ Dans une acception plus large de la perte de chance, il peut s'agir aussi de l'espoir déçu d'éviter la réalisation d'un risque. Voy. les conclusions de l'avocat général Mengozzi, sous C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, point 54, et T.F.P., 12 mai 2011, *Missir Mamachi di Lusignano/Commission*, F-50/09, non encore publié au *RecFP* (pourvoi pendant : affaire T-401/11 P), sur la perte d'une chance de survie. Voy. A. MASSON et V. CADOR, « Application du droit de l'Union européenne par le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (juillet 2010-juillet 2011) », *Europe*, octobre 2011, chron. 2, point 33.

¹⁵ Voy. notamment J. CARBONNIER, *Les obligations*, Paris, Thémis, 2000, p. 377.

¹⁶ Trib., 17 mars 1993, *Moat/Commission*, T-13/92, *Rec.*, p. II-287, points 47 et 48, et Trib., 31 janvier 2007, *C/Commission*, T-166/04, *RecFP*, p. I-A-2-9 et II-A-2-49. L'arrêt du Tribunal du 27 octobre 1994, *C/Commission*, T-47/93 (*RecFP*, p. I-A-233 et II-743), qui bien qu'allouant une indemnisation pour perte de chance, ne précise pas s'il s'agit d'un préjudice matériel ou moral.

matériel¹⁷. Quant à la nature de la chance perdue, il s'agit principalement de la perte de chance d'être recruté en qualité de fonctionnaire¹⁸- ou d'être recruté plus tôt¹⁹ -, de la perte de chance d'être recruté en qualité d'agent temporaire²⁰ ou d'agent contractuel²¹. Nombreuses sont également les décisions qui concernent la perte de chance d'être promu²².

Pour être indemnisable, le préjudice dont il est demandé réparation doit être réel et certain²³. Le Tribunal de la fonction publique a affirmé récemment, de manière explicite, que la chance devait être « définitivement » perdue pour ouvrir droit à réparation (A). La condition tenant à la « réalité » du dommage lié à la perte d'une chance mérite également d'être davantage éclaircie (B).

A. Une chance « définitivement » perdue

Exiger qu'une perte de chance, par définition aléatoire, soit « certaine » pour être réparable peut paraître contradictoire²⁴. Aussi, la condition selon laquelle la chance doit être « définitivement » perdue pour constituer un préjudice réparable traduit (et adapte à la perte de chance) l'exigence d'un préjudice « certain ».

1. Affirmation récente d'une condition ancienne

La condition que la chance soit « définitivement » perdue pour être réparable se déduit, implicitement, des arrêts du 27 octobre 1994, *C/Commission*²⁵,

¹⁷ Trib., 6 juin 2006, *Girardot/Commission*, T-10/02, *RecFP*, p. I-A-109 et II-483, point 55. Voy. aussi, antérieurement à cet arrêt : Trib., 19 septembre 1996, *Allo/Commission*, T-386/94, *RecFP*, p. I-A-393 et II-1161, point 73, Trib., 6 novembre 1997, *Liao/Conseil*, T-15/96, *RecFP*, p. I-A-329 et II-897, point 72, C.J., 14 mai 1998, *Conseil/De Nil et Impens*, C-259/96 P, *Rec.*, p. I-2915, point 28, et Trib., 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*, T-144/02, *Rec.*, p. II-3381, *RecFP*, p. I-A-275, II-1231, I-A-2-175 et II-A-2-1181.

¹⁸ Trib., 27 octobre 1994, *C/Commission*, T-47/93, *RecFP*, p. I-A-233 et II-743, et T.F.P., 7 octobre 2013, *Thomé/Commission*, F-97/12, non encore publié au *RecFP*.

¹⁹ T.F.P., 13 septembre 2011, *AA/Commission*, F-101/09, non encore publié au *RecFP*.

²⁰ Trib., 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*, T-144/02, *Rec.*, p. II-3381, *RecFP*, p. I-A-275, II-1231, I-A-2-175 et II-A-2-1181, C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, et T.F.P., 8 mai 2008, *Suwikas/Conseil*, F-6/07, *RecFP*, p. I-A-1-151 et II-A-1-819.

²¹ T.F.P., 5 juillet 2011, *V/Parlement*, F-46/09, non encore publié au *RecFP*.

²² Trib., 17 mars 1993, *Moat/Commission*, T-13/92, point 47, Trib., 6 novembre 1997, *Liao/Conseil*, T-15/96, point 72, C.J., 14 mai 1998, *Conseil/De Nil et Impens*, C-259/96 P, *Rec.*, 1998, p. I-2915, point 28, Trib., 10 novembre 2010, *OHMI/Dos Santos*, T-260/09 P, point 104, et T.F.P., 13 mars 2013, *AK/Commission*, F-91/10, *op. cit.* Il semble, en revanche, qu'un seul arrêt fasse référence à la perte de chance d'être muté : Trib., 17 mars 1993, *Moat/Commission*, T-13/92, point 47.

²³ C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *Rec.*, p. I-833 et *RecFP*, p. I-B-2-5 et II-B-2-37, point 54 et la jurisprudence citée.

²⁴ J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 387.

²⁵ Trib., 27 octobre 1994, *C/Commission*, T-47/93, *RecFP*, p. I-A-233 et II-743, point 53.

du 14 mai 1998, *Conseil/De Nil et Impens*²⁶, *Girardot/Commission* du 31 mars 2004²⁷ et *Girardot/Commission* du 6 juin 2006. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal a précisé que l'illégalité constatée avait fait perdre à la requérante une chance d'accéder à un emploi au sein de la Commission et que, compte tenu de l'impossibilité de rétablir la situation antérieure à l'adoption de la décision illégale, cette dernière avait privé la requérante, de manière « certaine et irréversible », d'une chance d'être recrutée²⁸. Sur pourvoi, la Cour a également considéré que, du fait de l'illégalité commise par la Commission, la requérante avait perdu « de manière certaine et irrémédiable » la chance d'être recrutée²⁹.

Plus explicite, l'arrêt du 8 juin 2006, *Pérez-Díaz/Commission*³⁰, précise que le Tribunal « ne sera [...] à même d'allouer, le cas échéant, une indemnité au requérant, qu'une fois connue l'issue *définitive* réservée à [l'exécution de l'arrêt d'annulation] » (italique ajouté). De même, l'arrêt *C/Commission* du 31 janvier 2007 a considéré que la perte de chance subie par le requérant devenait « *définitive* et certaine au jour du refus de la Commission d'exécuter l'arrêt d'annulation en nature »³¹.

Ce n'est toutefois que par l'arrêt du 11 juillet 2013, *CC/Parlement*, que le Tribunal de la fonction publique a clairement et explicitement affirmé, en termes généraux, que la chance devait être définitivement perdue pour ouvrir droit à réparation : « le préjudice doit être dûment établi et certain [...]. Il s'en suit, lorsque le préjudice allégué tient [...] à une perte de chance que, d'une part, la chance perdue doit avoir été réelle [...] et, d'autre part, que cette perte doit être définitive »³².

²⁶ C.J., 14 mai 1998, *Conseil/De Nil et Impens*, C-259/96 P, *Rec.*, 1998, p. I-2915, point 28.

²⁷ Trib., 31 mars 2004, *Girardot/Commission*, T-10/02, *op. cit.*, points 90 et 91. Le Tribunal a considéré que la procédure de pourvoi d'emplois vacants en cause était irrégulière en ce qu'il n'était pas établi que la Commission avait dûment examiné les mérites de la candidature de la requérante à chacun des emplois en cause avant de la rejeter. Le Tribunal a donc annulé la décision portant rejet de la candidature de la requérante, sanction qui entraînait, en principe, le rétablissement de la situation antérieure à l'illégalité commise. Cependant, le Tribunal a rejeté les conclusions visant à l'annulation par voie de conséquence des décisions nommant des tiers aux emplois en cause, estimant que cette sanction était excessive. Il a donc estimé que, afin de protéger adéquatement les droits de la requérante et d'assurer un effet utile à l'arrêt d'annulation, la requérante devait être dédommée du préjudice subi, étant précisé qu'elle ne pourrait plus participer à une prochaine procédure interne de recrutement, le contrat d'agent temporaire la liant à la Commission étant parvenu à son terme.

²⁸ Trib., 6 juin 2006, *Girardot/Commission*, T-10/02, *op. cit.*, point 54.

²⁹ C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, point 55.

³⁰ Trib., 8 juin 2006, *Pérez-Díaz/Commission*, T-156/03, *RecFP*, p. I-A-2-135 et II-A-2-649, points 72 à 77.

³¹ Trib., 31 janvier 2007, *C/Commission*, T-166/04, *op. cit.*, point 71.

³² T.F.P., 11 juillet 2013, *CC/Parlement*, F-9/12, non encore publié au *RecFP*.

2. *Lien entre chance « définitivement » perdue et exécution des arrêts*

L'analyse de la jurisprudence révèle l'existence d'un lien entre la perte « définitive » d'une chance et l'exécution des arrêts. Pour tenter d'exprimer ce lien en termes généraux, on peut observer que, en règle générale, lorsque le juge de l'Union accueille une demande d'annulation dans le cadre d'un recours, il tend à rejeter une demande indemnitaire pour perte de chance présentée dans le cadre du même recours, au motif – implicite – que la chance n'est pas *définitivement* perdue, sauf s'il est d'ores et déjà établi que, lors de l'exécution de l'arrêt d'annulation, il ne pourra pas être remédié *en nature* à la situation du requérant³³. Dans ce dernier cas, la chance est définitivement perdue et ouvre droit à réparation.

Pour généraliser, on pourrait considérer que, en principe et sauf circonstances particulières, lorsque l'exécution en nature d'un arrêt d'annulation est possible – ce qui devrait être la règle³⁴ – ou qu'il est trop tôt pour se prononcer sur cette question, la chance n'est pas définitivement perdue et n'ouvre donc pas (ou pas encore) droit à réparation. Lorsqu'une telle exécution n'est pas possible (ou excessivement difficile ?³⁵), et particulièrement lorsque les droits des tiers sont en cause, on peut considérer que la chance est « définitivement » perdue.

De ce point de vue, alors que la perte de chance constitue un préjudice matériel³⁶, son traitement judiciaire semble se rapprocher quelque peu de celui du préjudice moral, pour lequel l'annulation constitue le plus souvent une « réparation suffisante »³⁷.

³³ Ou, de manière plus contestable, lorsque le juge de l'Union estime que l'arrêt d'annulation *risque* d'être privé de tout effet utile (voy. ci-dessous).

³⁴ Voy. P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 910.

³⁵ La question est importante, mais dépasse le cadre de la présente étude. Il est admis, à certaines conditions et de manière plutôt pragmatique, que des difficultés d'exécution justifient l'exécution d'un arrêt par compensation.

³⁶ Voy. ci-dessus, sous I.

³⁷ Pour une critique de cette approche, voy. G. VANDERSANDEN, *La procédure et les voies de recours dans le contentieux de la fonction publique communautaire*, Actes du colloque du Collège d'Europe (2007). Voy. aussi T.F.P., 22 octobre 2008, *Tzirani/Commission*, F-46/07, *RecFP*, p. I-A-1-323 et II-A-1-1773, point 223. Ayant constaté que l'annulation des décisions attaquées n'aurait pas pour effet la réouverture de la procédure de sélection en vue de pourvoir le poste litigieux et que ladite annulation ne protégerait donc pas suffisamment les droits de la requérante, le Tribunal de la fonction publique a estimé que l'annulation ne constituait pas en elle-même la réparation adéquate du préjudice moral et a donc accueilli la demande de réparation du *préjudice moral*.

a. *Cas où l'annulation est suffisante et où la chance n'est donc pas « définitivement » perdue*

Il a été jugé que, l'annulation de la décision révoquant le requérant ayant pour effet de replacer celui-ci dans la situation dans laquelle il se trouvait avant son licenciement, la réalité de la perte d'une chance de promotion ou de gain d'échelon n'était pas démontrée³⁸.

De même, le Tribunal de première instance a considéré que l'annulation d'une décision de non-promotion pour défaut d'examen comparatif des mérites d'un fonctionnaire impliquait un nouvel examen comparatif et « équiv[alait] à restituer au requérant sa chance de promotion ». Le préjudice allégué, à savoir la perte d'une chance de promotion, n'était donc pas établi³⁹.

Dans une autre affaire, où le requérant demandait que lui soit versée une indemnité en raison de la perte de chance de réussir un concours, il a été jugé que « dans les circonstances du cas d'espèce, l'annulation de la décision de rejet de la candidature du requérant au concours [...] constitu[ait], en elle-même, une réparation suffisante. En effet, les droits du requérant [étaient] adéquatement protégés si le jury et l'AIPN reconsid[é]raient leurs décisions et trouv[ai]ent une solution équitable à son cas »⁴⁰.

Par ailleurs, après avoir annulé la décision refusant d'inscrire le requérant sur une liste de réserve d'agents temporaires (à l'issue d'une nouvelle épreuve organisée en exécution d'un précédent arrêt d'annulation), le Tribunal de première instance a rejeté comme prématurées les conclusions indemnitaires, estimant n'être en mesure d'apprécier ni la réalité ni la consistance des chefs de préjudice allégués, « dès lors que les mesures d'exécution du présent arrêt d'annulation n'avaient pas encore été adoptées ». En effet, « pour autant que les parties ne puissent convenir d'une solution amiable de leur différend, le Tribunal ne sera [...] à même d'allouer, le cas échéant, une indemnité au requérant, qu'une fois connue l'issue définitive réservée à sa demande d'inscription sur une liste de réserve »⁴¹.

³⁸ Trib., 28 septembre 1999, *Hautem/BEI*, T-140/97, *RecFP*, p. I-A-171 et II-897, point 81 (le pourvoi a été rejeté par C.J., 2 octobre 2001, *BEI/Hautem*, C-449/99 P, *Rec.*, 2002, p. I-6031).

³⁹ Trib., 5 octobre 2000, *Rappe/Commission*, T-202/99, *RecFP*, p. I-A-201 et II-911, point 70.

⁴⁰ Trib., 13 mars 2002, *Bal/Commission*, T-139/00, *RecFP*, p. I-A-33 et II-139, points 66 et 70.

⁴¹ Trib., 8 juin 2006, *Pérez-Díaz/Commission*, T-156/03, *op. cit.*, points 72 à 77. Voy. aussi, en ce sens, T.F.P., 17 octobre 2013, *BF/Cour des comptes*, F-69/11, non encore publié au *RecFP*, points 73 à 75. Le Tribunal de la fonction publique a considéré que des conclusions indemnitaires pour perte de chance d'être recruté devaient être rejetées comme prématurées, le Tribunal n'étant pas en mesure d'apprécier si l'institution a, de façon certaine, privé la partie requérante d'une chance sérieuse d'être recrutée, dès lors que ladite institution doit encore adopter les mesures d'exécution du présent arrêt d'annulation, conformément à l'article 266 TFUE, et qu'il n'appartient pas au Tribunal de se substituer à elle pour déterminer les mesures que l'AIPN doit adopter le cas échéant.

L'arrêt *C/Commission* du 31 janvier 2007 donne une description assez claire de l'articulation entre arrêt d'annulation et réparation de la perte de chance⁴². Dans cette affaire, l'arrêt d'annulation n'avait *aucunement* été exécuté. Le Tribunal de première instance a jugé que même lorsqu'un candidat ne dispose d'aucune assurance quant à sa nomination, « dès lors que la Commission n'a pris *aucune* mesure d'exécution visant à prendre en considération la candidature du requérant dans des conditions légales, la perte de chance subie par le requérant devient définitive et certaine *au jour du refus de la Commission d'exécuter l'arrêt d'annulation en nature*. Le requérant peut ainsi légitimement estimer que, en l'absence de l'illégalité commise par l'AIPN, dont il a été considéré, dans l'arrêt d'annulation, qu'elle a pu avoir une incidence décisive sur la procédure de nomination, il aurait eu des chances sérieuses d'être nommé au poste en cause » (italiques ajoutés). En d'autres termes, « la perte de chance d'accéder au poste en cause [...] n'est survenue [en l'espèce] qu'à la suite du défaut d'exécution de l'arrêt d'annulation ».

L'affaire *AA/Commission* peut également illustrer le lien entre perte « définitive » d'une chance et exécution d'un arrêt d'annulation. En effet, par un premier arrêt, le Tribunal avait annulé la décision de ne pas inscrire le requérant sur une liste de réserve, estimant que l'un des candidats sur la liste n'aurait pas dû être admis à concourir. Le nom du requérant, qui était le premier candidat par ordre de mérite ne figurant pas sur la liste, a donc été inscrit sur ladite liste et le requérant a été recruté peu de temps après. Par l'arrêt *AA/Commission*, le Tribunal de la fonction publique a jugé que l'exécution complète de l'arrêt supposait de dédommager le requérant de la perte de chance d'être recruté *plus tôt*⁴³.

b. Cas où l'annulation n'est pas « suffisante », notamment lorsque la décision de nomination d'un tiers ne peut pas être annulée : la chance est « définitivement » perdue

Il a été considéré, en substance, que lorsque, à cause d'un avis médical erroné, le lauréat d'un concours a été déclaré physiquement inapte et que l'institution a procédé entre-temps à l'octroi du poste à un tiers, sans que cette dernière décision de nomination n'ait été contestée, la chance d'être recruté sur un poste est « définitivement » perdue⁴⁴.

⁴² Trib., 31 janvier 2007, *C/Commission*, T-166/04, *op. cit.*, point 71.

⁴³ T.F.P., 13 septembre 2011, *AA/Commission*, F-101/09, non encore publié au *RecFP*, points 79 et 83. Il convient de souligner la distinction entre perte de chance d'être recruté et perte de chance d'être recruté plus tôt. Voy. aussi *infra*, sous II, ainsi que A. MASSON et V. CADOR, « Application du droit de l'Union européenne par le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (juillet 2011-juillet 2012) », *op. cit.*, chron. 2, point 32.

⁴⁴ Trib., 27 octobre 1994, *C/Commission*, T-47/93, *op. cit.*, points 52 et 53 (implicite).

Dans l'affaire *Suwikas/Conseil*, où un membre d'un comité de sélection d'une procédure de recrutement d'agents temporaires avait consulté, à l'insu des candidats, les supérieurs hiérarchiques de ces derniers et où la procédure était, par conséquent, irrégulière, le Tribunal de la fonction publique a annulé la décision de ne pas inscrire le nom du requérant sur la liste des meilleurs candidats. En revanche, il a estimé que l'annulation par voie de conséquence de l'ensemble de la liste et des décisions de nomination constituerait une sanction excessive de l'illégalité commise. Après avoir rappelé que les décisions de nomination n'avaient pas été annulées et ajouté que tous les postes avaient été pourvus, le Tribunal de la fonction publique a conclu que le fait de procéder à une nouvelle évaluation de la candidature du requérant *ne permettrait pas d'assurer un effet utile à l'arrêt d'annulation* et que, par conséquent, le recours indemnitaire n'était pas prématuré et devait être accueilli puisque le requérant avait « perdu de manière irrémédiable la chance d'être recruté »⁴⁵.

Dans une autre affaire, même si la décision attaquée a été annulée, la perte d'une chance d'être recrutée par la Commission dans le cadre de la procédure litigieuse a pu implicitement être considérée comme définitive, la requérante ayant, entre-temps, été nommée fonctionnaire titulaire au Comité des régions⁴⁶.

En revanche, dans l'arrêt *V/Parlement*, le Tribunal de la fonction publique a annulé la décision de retirer l'offre d'emploi faite à la requérante, la décision de retrait ayant été prise à la suite d'un avis irrégulier du médecin-conseil. Le Tribunal de la fonction publique a considéré que la requérante avait été privée d'une chance sérieuse d'être recrutée en tant qu'agent contractuel, tout en admettant par ailleurs que l'exécution de l'arrêt en nature était encore possible : « [e]n l'espèce, même s'il est encore possible d'adopter des mesures permettant de corriger les illégalités commises, par exemple en réalisant un nouvel examen médical de la requérante, l'annulation de la décision litigieuse *risque* d'être privée de tout effet concret. En effet, les éléments relatifs à la santé de la requérante dont le Parlement a pris irrégulièrement connaissance sont susceptibles de fonder des doutes rendant difficile une analyse objective de l'état de santé de l'intéressée par le service médical de cette institution et il est, en tout état de cause, peu probable que le Parlement envisage de recruter la requérante, avec laquelle il n'a jamais

⁴⁵ T.F.P., 8 mai 2008, *Suwikas/Conseil*, F-6/07, *op. cit.*, points 121 à 124 et 132. Voy. aussi C. BERNARD-GLANZ, L. LEVI et S. RODRIGUES, *Le contentieux de la fonction publique, une matière à (re)découvrir*, J.D.E., 2010, points 42 à 45.

⁴⁶ T.F.P., 7 octobre 2013, *Thomé/Commission*, F-97/12, *op. cit.*

eu de lien d'emploi, en qualité d'agent contractuel dans ses services » (italique ajouté)⁴⁷.

B. *La chance perdue doit-elle être « sérieuse » ou « réelle » pour être indemnisable ?*

1. *Jurisprudence antérieure à l'arrêt AK/Commission du 13 mars 2013*

La jurisprudence antérieure à l'arrêt *AK/Commission* du 13 mars 2013⁴⁸ exige que la chance perdue soit « sérieuse ». Pour évaluer le caractère « sérieux » de la chance, il convient de prendre en considération les circonstances de l'espèce et notamment les capacités personnelles de l'intéressé, son parcours, sa formation, ses réussites professionnelles, son aptitude à occuper l'emploi, les caractéristiques, le cas échéant, des autres candidats et de l'emploi à pourvoir, etc.

Cependant, dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *AK/Commission* :

- dans certains cas, l'exigence d'une chance « sérieuse » reflète celle de « certitude » du préjudice (par opposition à un préjudice éventuel qui ne peut donner lieu à réparation⁴⁹) ;
- dans d'autres cas, elle reflète l'exigence d'un lien de causalité⁵⁰ ;
- ou encore, elle constitue un outil pour mesurer l'étendue de la réparation.

Or, un tel glissement de « la causalité partielle à la responsabilité partielle »⁵¹ n'est pas sans poser des difficultés.

À l'origine de l'exigence que la chance perdue soit « sérieuse », se trouvent les arrêts *Eagle e.a./Commission*⁵² et *Sanders e.a./Commission* du 5 octobre 2004, dans lesquels le Tribunal de première instance a précisé que, « dans le contentieux statutaire, le *degré de certitude du lien de causalité* exigé par la jurisprudence est atteint lorsque l'illégalité commise par une institution communautaire a, de façon certaine, privé une personne non pas nécessairement d'un recrutement, dont l'intéressé ne pourra jamais prouver qu'il y avait droit, mais d'une *chance sérieuse* d'être recruté comme fonctionnaire ou agent, avec comme conséquence pour l'intéressé un préjudice matériel consistant en une

⁴⁷ T.F.P., 5 juillet 2011, *V/Parlement*, F-46/09, *op. cit.*, point 174.

⁴⁸ T.F.P., 13 mars 2013, *AK/Commission*, F-91/10, *op. cit.*

⁴⁹ Voy. J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 387.

⁵⁰ Voy. aussi T.F.P., 8 mai 2008, *Suwikas/Conseil*, F-6/07, *op. cit.*, point 148.

⁵¹ L'expression est de J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 399.

⁵² Trib., 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*, T-144/02, *op. cit.*

perte de revenus. *Lorsqu'il apparaît éminemment probable, dans les circonstances de l'espèce, que le respect de la légalité aurait conduit l'institution communautaire concernée à procéder au recrutement de l'agent, l'incertitude théorique qui demeure quant à l'issue qu'aurait eu une procédure régulièrement conduite ne saurait faire obstacle à la réparation du préjudice matériel réel qu'a subi l'intéressé en étant privé du droit à postuler à un emploi statutaire qu'il aurait eu toutes chances de se voir attribuer* » (italique ajouté). Pour apprécier si les requérants, agents contractuels, auraient eu une chance sérieuse d'être recrutés en qualité d'agents temporaires, le Tribunal de première instance a indiqué qu'il convenait de prendre en compte leurs qualifications, les tâches qu'ils exerçaient et le renouvellement ou non de leurs engagements. Or, en l'espèce, le travail des requérants était nécessaire à la réalisation du projet, les requérants avaient les qualifications requises, leur travail donnait satisfaction et leurs engagements étaient renouvelés chaque année⁵³.

Dans l'arrêt *Girardot/Commission* du 6 juin 2006, le Tribunal de première instance a examiné si la chance dont la requérante avait été privée pouvait être tenue pour « sérieuse », non pas pour vérifier l'existence du préjudice ou du lien de causalité mais *pour déterminer l'étendue de la réparation* en l'espèce⁵⁴. À cet égard, le Tribunal a relevé que la requérante était la seule candidate pour chacun des emplois en cause, qu'elle pouvait se prévaloir d'une expérience antérieure significative au sein de la Commission, que ses services étaient tenus en estime et qu'il existait un degré d'adéquation suffisant entre ses qualifications et le descriptif desdits emplois. Dès lors, s'il ne pouvait être exclu que la Commission décide d'élargir son choix et de recruter un autre candidat, il n'en restait pas moins que la requérante avait, sinon l'assurance, du moins une chance sérieuse d'être recrutée.

En revanche, dans ses conclusions dans l'affaire *Commission/Girardot*, l'avocat général a considéré que l'exigence que la chance perdue soit « sérieuse » (ou « véritable ») est « une application du principe de la *réparation d'un préjudice certain*, car ce qui est certain ce n'est pas l'événement ou l'évolution futurs escomptés, mais bien la perte de la chance de les voir se réaliser »⁵⁵. L'avocat général avait également relevé que les droits nationaux qui admettaient la réparation de la perte de chance exigeaient « que la chance perdue soit sérieuse en ce sens que la probabilité de sa réalisation doit être forte. *Le caractère sérieux*

⁵³ Trib., 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*, T-144/02, *op. cit.*, points 153 et 155.

⁵⁴ Trib., 6 juin 2006, *Girardot/Commission*, T-10/02, *op. cit.*, points 45, 98 et s. Voy. aussi C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, point 28.

⁵⁵ Conclusions de l'avocat général, présentées le 27 novembre 2007, sous C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, point 77.

de la chance perdue constitue ainsi un instrument de mesure de la certitude du préjudice subi »⁵⁶.

Pour sa part, le Tribunal de la fonction publique a considéré, dans l'arrêt *Suwikas/Conseil*, que le requérant avait exercé pendant deux ans et demi, en tant qu'expert national détaché, les fonctions précisément visées par la procédure de recrutement et que, à l'issue des entretiens de sélection, le nom du requérant figurait sur la liste élargie établie par le comité consultatif de sélection. « La chance du requérant d'être recruté en tant qu'agent temporaire sur l'un des postes à pourvoir [pouvait] donc être qualifiée de sérieuse »⁵⁷. Dans cet arrêt, la démonstration d'une chance « sérieuse » concernait plutôt l'évaluation de l'étendue de la réparation que la preuve de l'existence d'un préjudice ou d'un lien de causalité.

En revanche, dans l'arrêt *Tzirani/Commission* du 22 octobre 2008, le Tribunal de la fonction publique a considéré, en faisant référence à l'exigence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage, que la requérante n'avait pas établi à suffisance de droit qu'elle avait une chance sérieuse d'être nommée au poste litigieux, car ses arguments n'étaient « pas suffisants pour conclure qu'elle répondait mieux que [l'autre candidat] aux critères établis dans l'avis de vacance »⁵⁸.

Saisi d'un pourvoi contre l'arrêt *Dos Santos/OHMI*, le Tribunal de l'Union a, quant à lui, estimé que le requérant avait « avancé une série d'éléments suffisamment précis et plausibles, calculs détaillés à l'appui, aux fins de démontrer [...] qu'il aurait disposé d'une chance concrète et sérieuse d'être promu » et qu'« une telle éventuelle perte constitue un élément pertinent dans le cadre de l'appréciation de l'étendue de la réparation à accorder pour compenser un préjudice relevant de la perte d'une chance »⁵⁹.

2. Jurisprudence postérieure à l'arrêt *AK/Commission* du 13 mars 2013

Dans l'affaire *AK/Commission*⁶⁰, le Tribunal de la fonction publique a considéré que la partie requérante était en droit de demander la réparation de

⁵⁶ Conclusions précitées, point 54. Voy. aussi Trib., 12 septembre 2007, *Combescot/Commission*, T-250/04, *RecFP*, p. I-A-2-191, II-A-2-1251, I-A-2-191 et II-A-2-1251 (le pourvoi a été rejeté par C.J., 28 novembre 2008, *Combescot/Commission*, C-526/07 P).

⁵⁷ T.F.P., 8 mai 2008, *Suwikas/Conseil*, F-6/07, *op. cit.*, point 130.

⁵⁸ T.F.P., 22 octobre 2008, *Tzirani/Commission*, F-46/07, *op. cit.*, points 216 et s.

⁵⁹ Trib., 10 novembre 2010, *OHMI/Dos Santos*, T-260/09 P, non encore publié au *Rec.*, points 104 et s. Commentaire V. MICHEL, « Effet des arrêts », *Europe*, janvier 2011, comm. 7.

⁶⁰ T.F.P., 13 mars 2013, *AK/Commission*, F-91/10, *op. cit.*

la perte de chance d'être promue plus tôt et de la possibilité de bénéficier d'une allocation d'invalidité supérieure et, à terme, d'une pension d'ancienneté plus élevée, mais qu'il convenait « de tenir compte, dans l'*indemnisation* de ce préjudice matériel, du fait que la chance perdue par la requérante était *particulièrement faible* »⁶¹. La Tribunal de la fonction publique a estimé qu'il existait un lien de causalité entre l'illégalité constatée et la perte de chance. Enfin, il a jugé que « [d]ans l'évaluation du montant de [la] réparation, il y a[vait] lieu de tenir compte du fait que, si la chance de la partie requérante [d'être promue] présent[ait] un *caractère particulièrement faible*, elle n'en [était] pas moins *suffisante* pour établir l'existence d'un préjudice susceptible d'une réparation adéquate » (italique ajouté)⁶².

Il ressort donc de l'arrêt *AK/Commission* qu'une chance « particulièrement faible » peut ouvrir droit à réparation et que l'importance ou, au contraire, la « faiblesse » de la chance (entendue comme la probabilité que la chance se réalise) n'a d'effet que sur l'étendue de l'indemnisation et non sur le caractère indemnisable du préjudice ou sur l'existence d'un lien de causalité.

Dans l'arrêt *CC/Parlement* du 11 juillet 2013, le Tribunal de la fonction publique a poursuivi le raisonnement de l'arrêt *AK/Commission* et donné une nouvelle lecture de la condition de chance « sérieuse »⁶³.

Le Tribunal de la fonction publique a, en effet, considéré que « [c]e n'est que lorsque [...] deux conditions sont remplies, à savoir, lorsque la chance perdue était *réelle* et que cette perte est définitive, que la personne concernée a droit à être indemnisée pour perte de chance [...]. En l'espèce, la requérante demande [...] à être indemnisée pour le préjudice matériel dont elle aurait eu à souffrir en raison de la perte d'une chance *sérieuse* d'être recrutée [...]. À cet égard, il doit être relevé que, contrairement à ce que prétend le Parlement, *la circonstance, à la considérer comme avérée, que la chance perdue soit peu importante ne constitue pas un obstacle à ce qu'un lien de causalité soit caractérisé entre la faute commise par le Parlement et le préjudice subi par la requérante. En effet, la circonstance qu'une [chance] perdue soit faible est sans lien avec l'existence d'un lien de causalité, mais traduit uniquement le fait que le préjudice subi est faible. En outre, exiger que la chance perdue ait été sérieuse pour qu'elle soit indemnisable, aboutirait à n'indemniser que les préjudices d'une certaine ampleur, alors que, selon la jurisprudence de la Cour, l'Union doit réparation intégrale aux fonctionnaires et agents des dommages qu'elle leur a occasionnés [...]. Certes, il a*

⁶¹ *Ibid.*, point 74.

⁶² *Ibid.*, point 95.

⁶³ T.F.P., 11 juillet 2013, *CC/Parlement*, F-9/12, *op. cit.*, points 113 et s.

été jugé que le degré de certitude du lien de causalité requis est atteint lorsque la faute commise par une institution de l'Union a, de façon certaine, privé une personne d'une chance *sérieuse* [...], mais cette jurisprudence doit être comprise comme *exigeant non pas que la chance perdue ait eu une certaine ampleur, mais que la faute commise ait bien été la cause déterminante de l'absence de réalisation de la chance alléguée*. En effet, l'Union ne saurait être tenue pour responsable d'un préjudice que si celui-ci découle de manière suffisamment directe du comportement irrégulier d'une institution, ce qui suppose que l'illégalité commise ait été la cause déterminante de la perte de chance » (italique ajouté). Estimant que, en l'espèce, la faute commise par le Parlement n'était pas la cause déterminante du préjudice dont la requérante se prévalait, à savoir la privation de la chance d'être recrutée, le Tribunal de la fonction publique a jugé qu'il n'y avait pas lieu de faire droit aux conclusions indemnitaires de la requérante.

Deux arrêts du Tribunal de la fonction publique rendus postérieurement à l'arrêt *CC/Parlement* font référence à l'existence d'une chance « sérieuse », sans que l'on puisse en déduire que cette condition concernait le caractère réparable du préjudice⁶⁴.

L'arrêt *AK/Commission* et l'arrêt *CC/Parlement* faisant l'objet d'un pourvoi, le Tribunal de l'Union aura peut-être l'occasion de se prononcer sur cette question.

II. – Évaluation du montant de l'indemnisation de la perte de chance

Le juge du fond bénéficie d'une grande marge d'appréciation en ce qui concerne la méthode et la détermination du montant de l'indemnité allouée.

Dans les premiers arrêts relatifs à la perte de chance, prononcés au début des années 1990, le Tribunal de première instance procédait à une évaluation *ex aequo et bono* du montant de l'indemnisation, sans toutefois préciser quels critères l'avaient guidé⁶⁵.

⁶⁴ Dans l'arrêt *Thomé/Commission*, le Tribunal de la fonction publique a constaté que l'illégalité commise par la Commission avait fait perdre à l'intéressée « une chance très sérieuse » d'être recrutée plus tôt (point 74). De même, dans l'arrêt *BF/Cour des comptes*, précité, le Tribunal de la fonction publique a également fait référence à une chance « sérieuse » de recrutement.

⁶⁵ Trib., 27 octobre 1994, *C/Commission*, T-47/93, *op. cit.* (500 000 BFR), et Trib., 17 mars 1993, *Moat/Commission*, T-13/92, *Rec.*, p. II-287 (90 000 BFR).

Une telle approche a été censurée par un arrêt du 14 mai 1998 où la Cour a rappelé que, pour être motivé à suffisance de droit, un arrêt doit préciser les critères pris en compte aux fins de la détermination du montant du préjudice⁶⁶. Aussi, la jurisprudence s'est-elle employée, non sans difficulté, à dégager des critères aux fins de la détermination du montant de l'indemnisation de la perte de chance.

A. La « méthode Girardot »

Par les arrêts du 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*⁶⁷ et *Sanders e.a./Commission*⁶⁸, précités, le Tribunal de première instance a considéré que la Commission avait fait perdre aux requérants une chance sérieuse d'être recrutés en qualité d'agents temporaires et que leur préjudice résultait de la différence entre les rémunérations, avantages liés et droits à pension qu'ils auraient perçus ou acquis s'ils avaient travaillé en qualité d'agents temporaires et les rémunérations, avantages liés et droits à pension qu'ils avaient perçus ou acquis en qualité d'agents contractuels⁶⁹. Il convient toutefois de remarquer que, dans cette affaire, les requérants n'avaient pas simplement perdu une chance d'être recrutés en qualité d'agents temporaires. La Commission aurait dû les recruter en cette qualité. C'est pour cette raison que la Commission a été condamnée à leur verser l'intégralité – et non pas simplement une partie – de la différence entre la rémunération qu'ils auraient dû percevoir en tant qu'agents temporaires et celle effectivement perçue⁷⁰. L'indemnité ne pouvant pas être déterminée au vu des éléments du dossier, le Tribunal a rendu, le 5 octobre 2004, un arrêt interlocutoire. Faute d'accord, les parties ont soumis au Tribunal leurs conclusions chiffrées, sur lesquelles il a été statué par un arrêt du 12 juillet 2007⁷¹.

En s'inspirant des arrêts *Eagle e.a./Commission*⁷² et *Sanders e.a./Commission*⁷³, le Tribunal a précisé, dans l'arrêt *Girardot/Commission* du 6 juin 2006, une méthode d'évaluation du montant du préjudice pour perte de chance qui allait progressivement devenir la règle. Le Tribunal a jugé que, pour déterminer l'étendue du préjudice de perte de chance d'être recruté, il y avait lieu de comparer, sur une certaine période, les conditions financières d'emploi dont la

⁶⁶ C.J., 14 mai 1998, *Conseil/De Nil et Impens*, C-259/96 P, *op. cit.*, points 33 et 34.

⁶⁷ Trib., 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*, T-144/02, *op. cit.*

⁶⁸ Trib., 5 octobre 2004, *Sanders e.a./Commission*, T-45/01, *Rec.*, p. II-3315, *RecFP*, p. I-A-267 et II-1183.

⁶⁹ Trib., 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*, T-144/02, *op. cit.*, points 163 à 166.

⁷⁰ Voy. points 127 et 139, ainsi que Trib., 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*, T-144/02, *op. cit.*, point 50.

⁷¹ Trib., 5 octobre 2004, *Eagle e.a./Commission*, T-144/02, *op. cit.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ Trib., 5 octobre 2004, *Sanders e.a./Commission*, T-45/01, *op. cit.*

requérante aurait bénéficié si elle avait été recrutée par la Commission et celles qui avaient effectivement été les siennes. Le point de départ de la période de comparaison devait être fixé à la date de prise d'effet de la nomination des candidats retenus pour occuper les emplois litigieux. Le terme de la période de comparaison « devait nécessairement être appréhendé en fonction de la situation de fait et de droit qui aurait été celle de l'intéressée si l'institution avait retenu sa candidature pour pourvoir l'un ou l'autre des emplois en cause ». En particulier, il fallait tenir compte de la nature du lien d'emploi que les parties auraient noué⁷⁴. Ensuite, le Tribunal a précisé qu'il y avait lieu d'appliquer, à la somme ainsi déterminée, un coefficient reflétant la chance perdue⁷⁵. Pour déterminer la valeur de ce coefficient, le Tribunal a recherché, en premier lieu, s'il était établi à suffisance de droit que les candidatures présentées par la requérante remplissaient les conditions requises par les avis de vacance. Tel étant le cas, le Tribunal a vérifié si la requérante avait une chance sérieuse d'accéder aux emplois en question, eu égard notamment au nombre de candidats en présence, à l'expérience antérieure de la requérante au sein de l'institution, aux appréciations antérieurement portées par l'institution sur ses services et au degré d'adéquation entre ses qualifications et le descriptif des emplois en cause, ainsi qu'à la marge de manœuvre reconnue à la Commission dans la gestion des phases successives de la procédure de pourvoi d'emplois vacants⁷⁶. Le Tribunal a conclu qu'il convenait « d'affecter *ex aequo et bono* la différence de rémunération [...] d'un coefficient multiplicateur égal à 0,5 destiné à refléter l'existence d'une chance sérieuse (50 %) d'obtenir un de ces emplois »⁷⁷.

Saisie d'un pourvoi introduit par la Commission, la Cour a confirmé l'arrêt du Tribunal. En premier lieu, la Cour a souligné qu'« il est très difficile, sinon impossible, de définir une méthode permettant de quantifier avec exactitude la chance d'être recruté à un emploi au sein [d'une] institution et, par conséquent, d'évaluer le préjudice résultant de la perte de cette chance. [...] En conséquence, aux fins d'examiner si l'arrêt attaqué est entaché d'une erreur de droit en ce qui concerne la détermination *de l'étendue de la réparation* du dommage résultant de la perte de chance subie par Mme Girardot, il convient de tenir compte de la *marge d'appréciation dont disposait le Tribunal, dans l'exercice de*

⁷⁴ Trib., 6 juin 2006, *Girardot/Commission*, T-10/02, *op. cit.*, points 60 à 63.

⁷⁵ *Ibid.* point 58. L'arrêt précise « ... puis, le cas échéant, d'apprécier, sous la forme d'un pourcentage, la chance qu'avait M^{me} Girardot de voir ladite hypothèse se réaliser ». Sur pourvoi, la Cour a estimé que le Tribunal avait commis une erreur de droit – inopérante, donc n'entraînant pas l'annulation de l'arrêt – en précisant « le cas échéant », ce qui laissait penser, à tort, que l'appréciation de la chance était facultative (C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, points 71 et 72).

⁷⁶ Trib., 6 juin 2006, *Girardot/Commission*, T-10/02, *op. cit.*, points 96 et s.

⁷⁷ *Ibid.*, point 119.

son pouvoir de pleine juridiction, quant à la méthode à retenir pour effectuer une telle détermination »⁷⁸ (italique ajouté).

En deuxième lieu, la Cour a considéré que le critère relatif à la perte de rémunération était, compte tenu de la marge d'appréciation du Tribunal, approprié, *dans cette affaire*, pour déterminer l'étendue de la réparation du dommage résultant de la perte de chance. En effet, la valeur de la chance perdue par la requérante était « fonction de l'importance du gain qu'elle aurait obtenu si cette chance s'était réalisée ». En d'autres termes, « la perte de rémunération subie en raison du comportement illégal reproché, si elle ne saurait à elle seule déterminer l'étendue de la réparation de la perte de chance, constitue néanmoins un critère pertinent à cet égard. Même si Mme Girardot ne disposait d'aucun droit à être recrutée, la valeur attribuée à cette chance dépendait donc, à tout le moins en partie, du montant de la rémunération qu'elle pouvait espérer ».

En troisième lieu, la Cour a jugé que la rémunération effectivement perçue postérieurement à l'illégalité commise déterminait également en partie l'étendue de la réparation du dommage, toute personne lésée ayant l'obligation de limiter son dommage.

En quatrième lieu, la Cour a souligné que la perte de chance ne pouvait pas être réparée par l'allocation de l'intégralité de la rémunération perdue et que, pour quantifier la chance perdue, l'application d'un pourcentage à la perte de rémunération, déterminé sur la base d'éléments propres aux circonstances de l'espèce, était de nature à fournir une indication pertinente⁷⁹.

B. *Portée et suites de l'arrêt Commission/Girardot*

Bien que, dans l'arrêt *Commission/Girardot*, la Cour ait confirmé que la « méthode Girardot » était appropriée pour évaluer le montant de l'indemnisation pour perte de chance, la Cour a néanmoins laissé une grande marge d'appréciation au juge du fond et souligné qu'il fallait prendre en compte les

⁷⁸ C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, points 60 et 61.

⁷⁹ *Ibid.*, points 66 à 73. Point 73 : « [...] un tel critère, ainsi appliqué en vue de pondérer, selon une méthode également retenue, comme M. l'avocat général l'a relevé au point 55 de ses conclusions, par plusieurs droits nationaux, le critère relatif à la perte de rémunération, est de nature à fournir une indication pertinente pour déterminer l'étendue de la réparation de la perte de chance subie par Mme Girardot, dès lors qu'il permet de tenir compte, aux fins de cette détermination, de la probabilité qu'avait celle-ci de percevoir la rémunération irrémédiablement perdue. »

circonstances propres de chaque affaire et assurer la réparation intégrale du dommage effectivement subi⁸⁰.

1. *Vers une uniformisation de la méthode d'évaluation du montant de l'indemnisation de la perte de chance ?*

Il résulte de l'arrêt *Commission/Girardot* que, pour réparer le dommage résultant de la perte de chance, le juge ne peut pas recourir à une méthode forfaitaire unique qui serait valable dans chaque affaire, comme par exemple l'attribution systématique d'une indemnité d'un montant correspondant à trois mois de rémunération⁸¹.

En revanche, l'arrêt *Commission/Girardot* n'impose pas de recourir exclusivement ni même par priorité à la « méthode Girardot ». Par exemple, il n'exclut pas une réparation *ex aequo et bono*, à condition d'en préciser les critères, de réparer l'intégralité du préjudice subi et de prendre en compte, d'une manière ou d'une autre, la rémunération perdue⁸². En témoigne l'arrêt *Suwikas/Conseil* qui, bien que prononcé quelques mois seulement après l'arrêt *Commission/Girardot*, n'applique pas la « méthode Girardot ». Le Tribunal de la fonction publique y insiste sur les différences de circonstances factuelles entre les deux affaires et estime impossible de fixer un coefficient mathématique reflétant la perte de chance subie⁸³. Et c'est, à l'inverse, en faisant application de la « méthode Girardot » que le Tribunal de la fonction publique a évalué, en 2011, le montant de l'indemnité que le Parlement⁸⁴ et la Commission⁸⁵ devaient verser afin de réparer la perte de chance subie par les requérants.

⁸⁰ C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, point 76.

⁸¹ *Ibid.*, points 68 et 76. Conclusions de l'avocat général, 27 novembre 2007, sous CJ, 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, points 83 à 86.

⁸² Dans l'affaire *Girardot*, la Commission a cependant souligné, à juste titre, que l'application d'une méthode reposant sur le critère de la perte de rémunération subie par l'intéressé a pour corollaire que, lorsque la rémunération effectivement perçue à la suite du comportement illégal est supérieure à celle qui a été perdue en raison de celui-ci, aucune indemnité ne devrait être allouée alors que, cependant, une chance a été perdue (C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, *op. cit.*, point 63).

⁸³ T.F.P., 8 mai 2008, *Suwikas/Conseil*, F-6/07, *op. cit.*, points 141 et s. On peut observer que le lien de causalité entre l'illégalité constatée et le préjudice subi semblait surtout poser problème dans l'affaire *Suwikas/Conseil*. D'ailleurs, quelques mois après l'arrêt *Suwikas/Conseil*, le Tribunal de la fonction publique a décidé, dans l'arrêt *Tzirani/Commission*, de rejeter, faute de lien de causalité, la demande de réparation du préjudice matériel d'une fonctionnaire dont la candidature n'avait pas été retenue dans le cadre d'une procédure de nomination irrégulière. Le Tribunal de la fonction publique a considéré qu'il n'apparaissait pas « éminemment probable que du fait de l'illégalité commise par la Commission, la requérante a[va]it perdu une chance sérieuse d'être nommée au poste litigieux » et que la requérante n'avait donc pas établi à suffisance de droit qu'elle avait une chance sérieuse d'être nommée au poste litigieux (T.F.P., 22 octobre 2008, *Tzirani/Commission*, F-46/07, *op. cit.*, points 219 et 220).

⁸⁴ T.F.P., 5 juillet 2011, *V/Parlement*, F-46/09, *op. cit.*, points 157 à 166.

⁸⁵ T.F.P., 13 septembre 2011, *AA/Commission*, F-101/09, *op. cit.*

Progressivement, la « méthode Girardot » s'est néanmoins imposée comme la méthode prioritaire sinon unique pour évaluer l'étendue de la réparation de la perte de chance.

L'arrêt *AA/Commission* laisse entendre qu'il faut, *dans tous les cas*, appliquer en premier lieu la « méthode Girardot » et, dans un second temps, s'il est impossible de déterminer tel ou tel élément pertinent de l'évaluation en suivant cette méthode, par exemple le coefficient mathématique reflétant la chance perdue, alors cet élément précis peut être évalué *ex aequo et bono*. En d'autres termes, selon l'arrêt *AA/Commission*, la « méthode Girardot » devrait être appliquée en priorité et, lorsqu'elle ne donne pas de résultats ou qu'elle soulève de sérieuses difficultés d'application, le juge de l'Union pourrait la « compléter » en procédant à une évaluation *ex aequo et bono*⁸⁶.

Les arrêts *AK/Commission* du 13 mars 2013 et *CC/Parlement* du 11 juillet 2013 s'inscrivent dans la tendance de l'arrêt *AA/Commission* en jugeant que « lorsque la chance perdue était réelle et que cette perte est définitive [...] la personne concernée a droit à être indemnisée pour perte de chance, c'est-à-dire, s'agissant de la perte de la chance d'être recrutée, à obtenir le versement de la rémunération qu'elle aurait perçue si elle avait été nommée fonctionnaire stagiaire, assortie d'un coefficient reflétant la probabilité que cette chance se réalise en l'absence de l'illégalité commise »⁸⁷.

Enfin, il convient d'observer que la « méthode Girardot » n'avait été appliquée, jusqu'à récemment, qu'à la perte de chance d'être recruté. Or, selon l'arrêt

⁸⁶ *Ibid.*, points 93 et 94 : « Selon la jurisprudence, lorsque cela est possible, la chance dont une personne a été privée doit être déterminée objectivement, sous la forme d'un coefficient mathématique. [...] Cependant, lorsque la chance dont le requérant a été privé ne peut pas être quantifiée sous la forme d'un coefficient mathématique, la jurisprudence admet que le préjudice subi puisse être évalué *ex aequo et bono* (T.F.P., 8 mai 2008, *Suvikas/Conseil*, F-6/07, *op. cit.*, points 141 à 144). Il doit donc en être déduit que pour évaluer le préjudice subi par le requérant, le Tribunal peut fixer en équité le coefficient mathématique à utiliser, lequel, sans résulter d'une analyse aussi précise que celle réalisée dans l'arrêt *Girardot II*, reflète néanmoins la perte de chance subie ».

⁸⁷ T.F.P., 13 mars 2013, *AK/Commission*, *op. cit.*, points 91 et 92 : « Selon la jurisprudence, pour déterminer le montant de l'indemnité à verser au titre de la perte d'une chance, il convient, après avoir identifié la nature de la chance dont le fonctionnaire a été privé, de déterminer la date à partir de laquelle il aurait pu bénéficier de cette chance, puis de quantifier ladite chance et, enfin, de préciser quelles ont été pour lui les conséquences financières de cette perte de chance (arrêt *AA/Commission*, point 35 *supra*, point 83). De plus, selon la jurisprudence, lorsque cela est possible, la chance dont un fonctionnaire a été privé doit être déterminée objectivement, sous la forme d'un coefficient mathématique résultant d'une analyse précise. Cependant, lorsque ladite chance ne peut pas être quantifiée de cette manière, il est admis que le préjudice subi puisse être évalué *ex aequo et bono* ».

L'arrêt du 7 octobre 2013, *Thomé/Commission* (F-97/12, *op. cit.*, points 75 à 77), ne confirme ni n'infirmes cette analyse.

AK/Commission du 13 mars 2013, il y a lieu d'appliquer cette méthode également pour évaluer l'indemnisation de la perte d'une chance d'être promu⁸⁸.

2. Principe de la réparation intégrale de la perte de chance

Le principe de la réparation intégrale, que l'arrêt *Commission/Girardot* rappelle avec force, est d'application malaisée en matière de perte de chance.

Il suppose, en premier lieu, que l'indemnisation n'excède pas le préjudice réellement subi. Il en découle qu'il n'est pas permis d'allouer, pour réparer la perte de chance, l'intégralité de la rémunération perdue (le manque à gagner)⁸⁹ ou, plus généralement, la valeur de l'avantage découlant de la chance si elle s'était réalisée.

En deuxième lieu, selon l'arrêt du Tribunal de l'Union, *L/Parlement* du 11 septembre 2013, il découle de ce principe qu'il n'y a pas lieu de tenir compte, dans l'évaluation de l'indemnisation pour perte de chance, du « principe de l'effet dissuasif suffisant, selon lequel une personne qui viole le droit de l'Union est condamnée à payer une somme supérieure à celle qui serait jugée proportionnée au préjudice causé. Ledit principe est [en effet] fondé sur la nécessité d'éviter, dans le domaine du droit de la concurrence, que la violation soit répétée [...], alors que, en l'espèce, la finalité de l'indemnisation consiste en la réparation [...de] la perte de la chance »⁹⁰. Il est donc exclu d'aller au-delà de ce qui est nécessaire pour réparer la chance perdue. En toute hypothèse, des dommages et intérêts « punitifs » ne sont donc pas envisageables. Il est intéressant de relever que l'avocat général, dans ses conclusions dans l'affaire *Commission/Girardot*, avait, au contraire, considéré que l'évaluation non uniforme et non forfaitaire avait l'avantage de ne pas permettre à l'administration de « mettre en balance le respect des règles qui s'imposent à elle et l'adoption d'un comportement illégal dont elle connaît, par avance, le prix » et avait donc « un caractère somme toute dissuasif »⁹¹.

En troisième lieu, le principe de la réparation intégrale suppose de ne pas sous-indemniser la perte de chance, ce qui devrait conduire le juge de l'Union à effectuer un « examen prospectif en vue de tenter de reconstituer la carrière fictive que l'intéressé aurait pu accomplir au sein de l'institution, en se fondant

⁸⁸ T.F.P., 13 mars 2013, *AK/Commission*, *op. cit.*

⁸⁹ C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*, point 65.

⁹⁰ Trib., 11 septembre 2013, *L/Parlement*, T-317/10 P, *op. cit.*, point 101.

⁹¹ Conclusions de l'avocat général, 27 novembre 2007, sous C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, point 85.

sur une série d'hypothèses⁹² ». Or, de telles projections sont particulièrement difficiles en pratique, notamment pour déterminer la période de comparaison des rémunérations lorsque la chance perdue est celle d'être recruté en qualité de fonctionnaire et procéder à la reconstitution de la carrière de l'intéressé. Dans l'affaire *AA/Commission*⁹³, le Tribunal de la fonction publique a considéré que la chance dont le requérant avait été privé était non seulement celle d'avoir été recruté plus tôt mais aussi, par voie de conséquence, celle « de bénéficier d'une meilleure rémunération, d'être plus avancé dans la carrière, d'avoir de meilleures perspectives de carrière et de bénéficier d'une meilleure pension ». Le Tribunal de la fonction publique a donc considéré qu'il y avait lieu de comparer « les salaires et pensions que le requérant aurait pu percevoir et ceux qu'il a perçus et qu'il percevra ». S'agissant du préjudice futur du requérant, lequel était, selon le Tribunal de la fonction publique, certain dans son principe (car inévitable), une estimation *ex aequo et bono* du préjudice devait tenir compte, entre autres, de la circonstance qu'en exécution de l'arrêt le requérant allait percevoir une somme dont il aurait immédiatement la disposition, alors même que les effets pécuniaires de la perte de chance ne se feraient sentir que progressivement, chaque mois⁹⁴. Cette solution, généreuse, mais qui s'explique par les circonstances de l'espèce, semble être restée isolée⁹⁵. En matière de perte de chance, la règle selon laquelle le dommage effectivement subi doit être intégralement réparé est d'application difficile et la tentation qui en découle, de recourir à une indemnisation purement *ex aequo et bono*, est grande⁹⁶.

Conclusion

Les spécificités du contentieux de la fonction publique, sa dimension « humaine » et la responsabilité « accrue » de l'Union en sa qualité d'employeur

⁹² C.J., 21 février 2008, *Commission/Girardot*, C-348/06 P, *op. cit.*

⁹³ T.F.P., 13 septembre 2011, *AA/Commission*, F-101/09, *op. cit.*

⁹⁴ *Ibid.*, points 103, 105 et 106.

⁹⁵ Voy. aussi T.F.P., 13 mars 2013, *AK/Commission*, F-91/10. Voy. points 69 (« ...cette perte de chance... est susceptible de se répercuter sur le montant de l'allocation d'invalidité qui lui est versée, ainsi que sur le montant de la pension d'ancienneté qui lui sera ultérieurement allouée ») et 97 (« Au vu du caractère forfaitaire de la réparation ainsi accordée, il n'y a pas lieu de condamner la Commission à régulariser les droits à pension d'ancienneté de la requérante par le versement de cotisations complémentaires »).

⁹⁶ J. CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, p. 399 : « Ce que l'on peut dire de moins contestable au soutien des solutions jurisprudentielles, c'est que le partage, l'atténuation, l'équité ont toujours appartenu à la fonction des juges. On peut seulement se demander s'il ne vaudrait pas mieux s'en expliquer d'avance et s'installer sous un chêne ».

fournissent un terreau particulièrement fertile pour le développement de la jurisprudence sur l'indemnisation de la perte de chance.

Cette jurisprudence, qui a commencé à se développer à partir des années 1990, n'a pas encore répondu à l'ensemble des questions qui se posent à ce sujet. Comme le montrent les décisions récentes, les conditions d'indemnisation ont encore des contours quelque peu « mouvants » et le mode de détermination de l'indemnisation de la perte de chance s'en ressent. Ce constat n'est pas surprenant, vu l'ampleur de la tâche. En outre, la jurisprudence en la matière évolue le plus souvent pas à pas, le juge étant tenu par les arguments et les moyens soulevés par les parties.

Ceci étant, malgré (ou grâce à ?) ses spécificités, le contentieux de la fonction publique peut également servir de « pépinière », permettant de développer des solutions, qui pourraient, le cas échéant, être transplantées sur d'autres terrains.

CHAPITRE 8. LE CONTENTIEUX DES CLAUSES COMPROMISSOIRES

Eleftheria NEFRAMI¹

Introduction

L'activité contractuelle développée par l'Union européenne² soulève la question du juge compétent à l'égard des litiges nés dans ce cadre. La Cour de justice de l'Union européenne n'apparaît pas, *de prima facie*, comme le juge naturel du contentieux contractuel, qui relève, en principe, du juge national. En effet, selon l'article 274 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « sous réserve des compétences attribuées à la Cour de justice de l'Union européenne par les traités, les litiges auxquels l'Union est partie ne sont pas, de ce chef, soustraits à la compétence des juridictions nationales ».

Toutefois, la compétence de la Cour de justice pour statuer sur les litiges en matière contractuelle peut se fonder sur une clause compromissoire. Selon l'article 272 TFUE (ancien article 181 CE, devenu article 238 CE), « [l]a Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par l'Union ou pour son compte ».

La clause compromissoire exprime un accord intervenu entre les parties au litige³ de soustraire le différend qui les oppose au sujet du contrat aux

¹ Professeur à l'Université du Luxembourg, Chaire Jean Monnet. L'auteur peut être contactée à l'adresse eleftheria.neframi@uni.lu

² Outre la conclusion des marchés publics, l'administration européenne a recours à la technique contractuelle pour l'octroi d'une aide financière dans le cadre de l'exécution des politiques communes ou de programmes européens, aux fins de l'expertise ou pour la réalisation d'un audit technique. Voy. B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 856 ; D. RITLÉNG, « Les contrats de l'administration communautaire », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 149.

³ Du point de vue de l'Union européenne, un contrat est le plus souvent conclu par la Commission, mais peut également être conclu par toute institution ou tout organe de l'Union. Selon l'article 335 TFUE : « Dans chacun des États membres, l'Union possède la capacité juridique la plus large reconnue aux personnes morales par les législations nationales ; elle peut notamment acquérir ou aliéner des biens immobiliers et mobiliers et ester en justice. À cet effet, elle est représentée par la Commission. Toutefois, l'Union est représentée par chacune des institutions, au titre de leur autonomie administrative, pour les questions liées à

juridictions nationales pour le soumettre aux juridictions de l'Union⁴. La compétence du juge de l'Union est dérogatoire et doit, partant, être interprétée strictement⁵. Il est désormais souvent rappelé que le juge de l'Union n'est compétent pour statuer sur les litiges en matière contractuelle portés devant lui qu'en vertu d'une clause compromissoire, « faute de quoi il étendrait sa compétence juridictionnelle au-delà des litiges dont la connaissance lui est limitativement réservée par l'article 272 TFUE »⁶.

La problématique des clauses compromissoires concerne ainsi la compétence du juge de l'Union à l'égard des litiges nés dans un cadre contractuel, indépendamment du droit applicable au contrat et de la qualification de celui-ci de contrat de droit public ou de droit privé⁷. En effet, si le juge de l'Union, saisi dans le cadre d'une clause compromissoire en vertu de l'article 272 TFUE, doit trancher le litige sur la base du droit matériel applicable au contrat, il apprécie sa compétence juridictionnelle et la recevabilité des conclusions sur le fondement du droit de l'Union. Il s'agit de l'application du principe de droit généralement admis selon lequel toute juridiction fait application de ses propres règles de procédure, comprenant les règles de compétence⁸. Le droit procédural du juge de l'Union inclut l'article 272 TFUE et non les dispositions procédurales correspondantes des ordres juridiques nationaux⁹.

leur fonctionnement respectif ». Voy. T. HEUKELS, « The Contractual Liability of the European Community Revisited », in T. HEUKELS et A. McDONNELL (éds.), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague, Kluwer Law, 1997, p. 92.

⁴ Trib., 19 septembre 2012, *Commission/SEMEA et Commune de Millau*, T-168/10 et T-572/10, non encore publié au *Rec.*, point 146 (sous pourvoi).

⁵ C.J., 18 décembre 1986, *Commission/Zoubek*, 426/85, *Rec.*, p. 4057, point 11.

⁶ Trib. (ord.), 3 octobre 1997, *Mutual Aid Administration Service/Commission*, T-186/96, *Rec.*, p. II-1633, point 47, Trib., 12 décembre 2005, *Natexis Banques Populaires/Robobat*, T-60/05, non publiée au *Rec.*, point 12, et Trib., 19 septembre 2012, *Commission/SEMEA et Commune de Millau*, *op. cit.*, point 115.

⁷ Pour une vue d'ensemble du régime juridique des clauses compromissoires, voy. C. CALLIES et M. RUFFERT, « Kommentar Art. 272 AEUV », *EUV/AEUV*, Munich, Beck, 2011 ; M. CONDINANZI, « Commentario art. 238 CE », in A. TIZZANO (éd.), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1128 ; D. GRISAY, « La Cour de justice face au contentieux des contrats conclus entre particuliers et autorités communautaires », *J.T.D.E.*, 2004, p. 225 ; K. LENAERTS, D. ARTS et I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2006, p. 486 ; J. RIDEAU et F. PICOD, « Commentaire de l'article 238 CE », *Code des procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2002, p. 398 ; Ph. ROSEREN, « Commentaire de l'article 238 CE », in Ph. LÉGER (éd.), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Paris, Hebling & Lichtenhahn, Dalloz, Bruyant, 2000, p. 1692 ; J. SCHWARZE, « Kommentar Artikel 272 AEUV », in J. SCHWARZE, U. BECKER, A. HAJTE et J. SCHOO (éds.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 2012, p. 2263 ; D. SIMON, *Contentieux de l'Union européenne, Carence – Responsabilité*, coll. Lamy Axe Droit, Paris, Lamy, 2011, p. 122.

⁸ C.J., *Commission/Zoubek*, *op. cit.*, point 81, Trib., 7 juillet 2010, *Commission/Hellenic Ventures*, T-44/06, *Rec.*, 2010, p. II-127*, point 47, et Trib., 13 juin 2012, *Insula/Commission*, T-246/09, non encore publié au *Rec.*, point 88.

⁹ Trib., 19 septembre 2012, *Commission/SEMEA et Commune de Millau*, *op. cit.*, point 118.

L'application de l'article 272 TFUE par le juge de l'Union lorsqu'il apprécie sa compétence à l'égard d'un litige né dans un cadre contractuel donne lieu à l'élaboration d'un régime juridique des clauses compromissoires issu d'une jurisprudence évolutive. Certaines questions ont été rapidement ou sont désormais clairement tranchées, dans une « jurisprudence constante », consacrant les formules constituant le noyau dur de l'approche théorique des clauses compromissoires. D'autres questions sont progressivement clarifiées, dans une jurisprudence qui reste à systématiser, tentant de combiner la nécessité de pragmatisme avec l'élaboration d'un régime juridique propre prenant en considération les deux facettes de l'administration européenne, cocontractant ou autorité administrative. Enfin, d'autres questions sont récemment posées, ou récemment revues, dans une jurisprudence qui reste à préciser et à confirmer.

Il convient de noter que, depuis l'entrée en vigueur du traité de Nice, et selon l'article 256 TFUE, une clause compromissoire attribue compétence au Tribunal, la Cour de justice intervenant au stade du contrôle sur pourvoi¹⁰. Le contentieux des clauses compromissoires relève ainsi du Tribunal, juge de sa compétence avant d'intervenir comme juge du contrat. La délimitation de la compétence juridictionnelle étant une question de droit, la jurisprudence du Tribunal est tributaire de sa validation par la Cour de justice. Il est toutefois significatif que le Tribunal fonde sa compétence en matière contractuelle sur une analyse rigoureuse et argumentée, dans un souci de respect de la répartition des compétences entre les juridictions de l'Union et les juridictions nationales.

Le contentieux des clauses compromissoires est le contentieux de la compétence du juge de l'Union pour trancher les litiges entre l'Union et ses cocontractants relatifs à la validité, l'application ou l'interprétation du contrat. Dans un contexte caractérisé par la recherche d'efficacité et la protection des intérêts financiers des parties, le contentieux des clauses compromissoires s'enrichit constamment. Marginalisé dans les études doctrinales, le régime juridique des clauses compromissoires s'élabore progressivement dans le raisonnement par redondance du juge de l'Union qui n'est toutefois pas suffisant pour couvrir

¹⁰ Selon le premier paragraphe de l'article 256 TFUE, « [l]e Tribunal est compétent pour connaître en première instance des recours visés aux articles 263, 265, 268, 270 et 272, à l'exception de ceux qui sont attribués à un tribunal spécialisé créé en application de l'article 257 et de ceux que le statut réserve à la Cour de justice ». Avant l'entrée en vigueur du traité de Nice, une clause compromissoire pouvait attribuer compétence au Tribunal ou, selon les circonstances, à la Cour, selon les règles de répartition des compétences entre les deux juridictions. Cela avait soulevé la question de l'absence de double degré de juridiction lorsque le litige était porté devant la Cour. Il était toutefois considéré que les termes de la clause compromissoire devaient être interprétés en ce sens qu'ils désignaient l'institution compétente, la référence à la Cour de justice visant l'institution et non pas la juridiction. Voy. C.J., 12 mai 2005, *Commission/Huhtamaki Dourdan*, C-315/03, non publié au *Rec.*, point 19, et Trib., 8 mai 2007, *Citymo SA/Commission*, T-271/04, *Rec.*, p. II-1375, point 57.

l'étendue des questions qui s'y rattachent, telles l'attribution de compétence au juge de l'Union (I), l'appréciation de l'étendue de la compétence juridictionnelle (II) et les conditions de son exercice (III).

I. – Attribution de compétence au juge de l'Union

Selon une jurisprudence bien établie, et souvent rappelée, la compétence du juge de l'Union étant dérogatoire par rapport à celle du juge national et, partant, interprétée restrictivement, le Tribunal ne peut statuer sur un litige contractuel qu'en cas d'expression de la volonté des parties de lui attribuer cette compétence¹¹.

La volonté de soumettre les litiges nés dans le cadre contractuel à la compétence du juge de l'Union doit résulter clairement du contrat¹². Cette volonté est en principe exprimée par l'insertion d'une clause compromissoire. Toutefois, le juge de l'Union peut être amené à établir la volonté des parties et apprécier la validité d'une clause compromissoire, lorsque celle-ci ne revêt pas la forme d'une clause explicite dans le contrat (A). Une nouvelle question qui se pose est celle de savoir si la clause compromissoire peut être stipulée pour autrui (B).

A. Absence de clause compromissoire explicite

Il convient de relever que l'article 272 TFUE ne précise pas la forme que doit revêtir la clause compromissoire. L'article 44, paragraphe 5*bis*, du règlement de procédure du Tribunal, qui impose que la requête introduite sur le fondement de l'article 272 TFUE soit accompagnée d'un exemplaire de la clause attribuant compétence au juge de l'Union, peut laisser entendre que la clause doit en principe être stipulée par écrit. Or, selon le Tribunal, « l'article 44, paragraphe 5*bis*, du règlement de procédure poursuit toutefois une finalité probatoire et la formalité qu'il prescrit doit être réputée accomplie lorsque les documents produits par

¹¹ Trib., 16 décembre 2010, *Commission/Arci Nuova associazione comitato di Cagliari et Gessa*, T-259/09, *Rec.*, 2010, p. II-284*, point 39, et Trib., 16 septembre 2013, *GL2006 Europe Ltd/Commission*, T-435/09, non encore publié au *Rec.*, point 38.

¹² Cette volonté ne saurait s'exprimer par la saisine du juge de l'Union, en l'absence de clause compromissoire (Trib. (ord.), 18 juillet 1997, *Nutria/Commission*, T-180/95, *Rec.*, p. II-1317, points 37 à 40). En outre, une partie au contrat ne saurait saisir le juge de l'Union d'un recours en annulation contre le refus de l'institution ou organe concerné de réparer le préjudice (Trib. (ord.), 18 juillet 1997, *Oleifici Italiani/Commission*, T-44/96, *Rec.* p. II-1331, point 44). Voy. K. Lenaerts et al., *op. cit.*, p. 486.

la requérante permettent à la juridiction communautaire saisie de prendre une connaissance suffisante de l'accord intervenu entre les parties au litige »¹³.

Il est ainsi essentiel d'établir la réalité de l'accord entre les parties au litige. Le juge de l'Union a déjà fait preuve de souplesse, considérant que la clause compromissoire peut ne pas être insérée dans le contrat litigieux, mais dans l'acte législatif qui prévoit le recours aux engagements contractuels, ou qui, sans le prévoir explicitement, est la base de tels engagements. Ainsi, la clause attributive de compétence au juge de l'Union, intégrée dans un règlement qui nécessite la conclusion de contrats de fourniture, fait partie intégrante desdits contrats et doit être regardée comme une clause compromissoire au sens de l'article 272 TFUE¹⁴.

On notera qu'il a été jugé que le requérant ne peut pas introduire son action sur le fondement d'une clause compromissoire « apparemment » conclue avec une institution de l'Union, sans au moins établir qu'il pouvait, compte tenu des circonstances de la cause, légitimement croire que le négociateur avait le pouvoir d'engager contractuellement l'institution, agissant au nom et pour le compte de l'Union¹⁵. Enfin, la compétence du juge de l'Union ne saurait s'établir indirectement, par le biais d'une obligation de renvoi de la part du juge national¹⁶.

B. Clause compromissoire et stipulation pour autrui

Le Tribunal interprète largement la volonté des parties, en faveur de l'établissement de sa compétence, dans une analyse inspirée du droit des contrats¹⁷. Il considère ainsi que la reprise par un tiers de l'ensemble de l'actif et du passif du cocontractant de l'Union suite à la liquidation de ce dernier et sa radiation du registre du commerce et des sociétés, passif qui comprend le litige l'opposant

¹³ Trib., 8 mai 2007, *Citymo SA/Commission*, T-271/04, *Rec.*, p. II-1375, point 56. Voy. également, Trib., 19 septembre 2012, *Commission/SEMEA et Commune de Millau*, T-168/10 et T-572/10, *op. cit.*, point 146.

¹⁴ C.J., 17 janvier 2013, *Geodis Calberson GE/FranceAgriMer*, C-623/11, non encore publié au *Rec.*, point 29. La clause compromissoire serait issue de l'article 16 du règlement (CE) n° 111/1999, de la Commission, du 18 janvier 1999, portant modalités générales d'application du règlement (CE) n° 2302/98 du Conseil relatif à un programme d'approvisionnement en produits agricoles de la Fédération de Russie (*J.O.* L 14, p. 3), selon lequel la Cour de justice est compétente pour statuer sur tout litige résultant de l'exécution, de la non-exécution ou de l'interprétation des modalités des fournitures effectuées conformément à ce règlement. Le Tribunal a considéré que cette clause n'a raisonnablement de sens qu'en présence d'une relation contractuelle entre la Commission et un adjudicataire. Voy. Trib., 10 février 2004, *Calberson/Commission*, T-215/01 et T-221/01, *Rec.*, p. II-587, point 87.

¹⁵ Trib., 8 mai 2007, *Citymo SA/Commission*, T-271/04, *Rec.*, p. II-1375, point 60.

¹⁶ U. STELKENS et H. SCHRÖDER, *EU Public Contracts*, FÖV Discussion Papers, n° 70, 2012, p. 30, disponible sur www.Foew-speyer.de/verwaltungsvertraege.

¹⁷ Trib., 19 septembre 2012, *Commission/SEMEA et commune de Millau*, T-168/10 et T-572/10, *op. cit.*

à la Commission, peut faire naître une nouvelle créance de l'Union à l'encontre du tiers qui serait soumis à la clause compromissoire.

Certes, selon l'article 272 TFUE, une clause compromissoire est intégrée dans un contrat passé par l'Union, la possibilité de stipulation pour autrui n'étant pas prévue. Toutefois, la nature conventionnelle de la clause compromissoire permet au Tribunal d'examiner son existence en prenant en compte les principes généraux du droit des contrats émanant des ordres juridiques des États membres. Même si un de ces principes énonce qu'un contrat ne lie que ses parties, ce principe ne s'oppose pas à ce que deux parties puissent, par le truchement d'une stipulation pour autrui, conférer un droit à un tiers¹⁸, comme la souscription de la clause compromissoire en faveur de l'Union. Toujours selon les principes généraux du droit des contrats, l'existence de la stipulation pour autrui peut résulter d'une convention expresse entre le stipulant et le promettant visant à conférer un droit à un tiers, mais peut également s'induire du but du contrat ou des circonstances de l'espèce¹⁹.

La question s'est posée de savoir si la clause compromissoire peut être transférée de plein droit au tiers qui reprend la dette du cocontractant initial, en tant qu'accessoire de la créance²⁰. Le juge de l'Union considère que cette question relève du droit interne qui régit les questions de succession aux droits et obligations. En revanche, en cas de stipulation pour autrui, la reprise de la clause compromissoire résulte de la volonté des parties et est ainsi régie par l'article 272 TFUE²¹.

Par conséquent, si le droit des contrats régit la question de l'existence d'une clause compromissoire, c'est le droit de l'Union qui régit la question de la transmission d'une clause compromissoire par le biais d'une stipulation pour autrui. Ainsi, le Tribunal considère que la référence de l'article 272 TFUE à un contrat passé par l'Union ou pour son compte n'exclut pas la possibilité de conclusion d'une clause compromissoire sous la forme de stipulation pour autrui. En effet, une stipulation pour autrui peut être considérée comme une stipulation pour le compte de l'Union. En outre, l'article 272 TFUE exclut la compétence du Tribunal lorsque l'Union s'y oppose, alors que « dans le cas d'une clause compromissoire stipulée uniquement en faveur de l'Union, celle-ci ne peut pas lui être opposée contre sa volonté »²². Le Tribunal affirme, se référant aux clauses attributives de juridiction au sens de la convention de

¹⁸ *Ibid.*, point 134.

¹⁹ *Ibid.*, point 138.

²⁰ *Ibid.*, points 121 et s.

²¹ *Ibid.*, point 128.

²² *Ibid.*, point 135.

Bruxelles et du règlement n° 44/2001, que la nature procédurale d'une clause compromissoire ne s'oppose pas à ce qu'une telle clause soit stipulée pour autrui²³.

Il convient de noter que, selon le Tribunal, le tiers reprenant les droits et obligation du cocontractant initial serait lié par le principe de coopération loyale de reprendre la clause compromissoire en tant que stipulation pour autrui, la clause compromissoire étant considérée comme favorisant les intérêts de l'Union²⁴, même si cela peut être contesté en raison des difficultés d'exécution des arrêts du juge de l'Union²⁵. Un tel argument, en combinaison avec l'étendue du recours au droit des contrats, démontre la difficulté de l'application, en l'espèce, du principe, pourtant confirmé²⁶, selon lequel toute juridiction fait application de ses propres règles de procédure, y compris les règles de compétence, en l'occurrence l'article 272 TFUE.

Le Tribunal confirme toutefois que le droit interne ne saurait influencer l'appréciation de la réalité de la volonté des parties de souscrire une clause compromissoire. Il est ainsi considéré que la conclusion d'une clause compromissoire par le biais de la stipulation pour autrui ne saurait être contestée par le tiers reprenant le passif du cocontractant initial, au motif que le droit interne ne lui permettrait pas de souscrire une clause compromissoire, dès lors que la souscription est possible en vertu de l'article 272 TFUE, disposition spécifique ayant priorité sur le droit national s'en écartant²⁷.

L'approche pragmatique du Tribunal reste certes à confirmer. Il n'en demeure pas moins que la souplesse dont fait preuve le juge de l'Union reste circonscrite à la nécessité d'établir la réalité de la volonté des parties.

II. – Champ d'application de la compétence du juge de l'Union

Saisi en vertu d'une clause compromissoire, le Tribunal ne peut connaître que des seules demandes qui dérivent du contrat contenant la clause

²³ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*J.O.* L 12, p. 1) ; Trib., 19 septembre 2012, *Commission/SEMEA et commune de Millau*, T-168/10 et T-572/10, *op. cit.*, point 136.

²⁴ *Ibid.*, point 140. Voy. G. KREMLIS, « De quelques clauses d'élection du for et de droit applicable stipulées dans des contrats de droit privé conclus par les Communautés européennes dans le cadre de leurs activités d'emprunt et de prêt », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1986, p. 777.

²⁵ U. STELKENS et H. SCHRÖDER, *op. cit.*, p. 32.

²⁶ Voy. *supra* note 9.

²⁷ *Ibid.*, point 148.

compromissoire ou qui ont un rapport direct avec les obligations qui en découlent²⁸. Inversement, les demandes issues d'un cadre contractuel ne peuvent relever de la compétence du juge de l'Union que de manière dérogatoire, en vertu d'une clause compromissoire. La délimitation de l'étendue de la compétence du juge de l'Union fondée sur une clause compromissoire, par rapport aux voies de droit qui lui attribuent compétence exclusive, s'impose au nom du respect des compétences du juge national et de l'autonomie du recours issu de l'article 272 TFUE. Le champ d'application de la compétence du juge de l'Union en vertu d'une clause compromissoire doit être délimité tant par rapport à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union (A) que par rapport au recours en annulation (B). Dans les deux cas, il s'agit de l'appréciation de la compétence juridictionnelle, question indépendante du droit applicable au contrat et s'appréciant au vu de l'article 272 TFUE et des stipulations de la clause compromissoire²⁹.

A. Appréciation du champ d'application de la compétence du juge de l'Union et responsabilité non-contractuelle

Dans le cadre d'un rapport contractuel, la compétence du juge de l'Union fondée sur une clause compromissoire étant résiduelle par rapport à la compétence du juge national, elle est interprétée restrictivement et ne porte que sur les demandes issues du cadre contractuel. En outre, en l'absence de clause compromissoire, la compétence du juge de l'Union résultant du traité ne couvre que les demandes fondées sur la responsabilité extracontractuelle en vertu des principes généraux régissant l'action de l'administration. Le Tribunal ne saurait, sur le fondement de l'article 268 TFUE, relatif à la responsabilité extracontractuelle, statuer sur une action en dommages-intérêts d'origine contractuelle, une telle action relevant de la compétence du juge national. Il est ainsi important, au vu de la répartition des compétences entre le juge national et le juge de l'Union, de déterminer le fondement de la demande d'indemnité. En ce sens, la Cour de justice considère que la notion de responsabilité non contractuelle revêt un caractère autonome, et doit être interprétée à la lumière de sa finalité, à savoir celle de permettre une répartition des compétences entre les juridictions communautaires et les juridictions nationales³⁰.

²⁸ C.J., 20 février 1997, *IDE/Commission*, C-114/94, *Rec.*, p. I-808, points 82 et 83, et Trib., 3 mars 2011, *Caixa Geral de Depositos SA/Commission*, T-401/07, point 99.

²⁹ Trib., 9 février 2010, *Evropaïki Dynamiki/Commission*, T-340/07, non publié au *Rec.*, point 76.

³⁰ C.J., 18 avril 2013, *Commission/Systran SA*, C-103/11 P, non encore publié au *Rec.*, point 62.

Le Tribunal précise les critères de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité non-contractuelle³¹. Le juge de l'Union doit ainsi déterminer si, au regard des différents éléments pertinents du dossier, « la demande d'indemnité présentée par les requérantes repose de manière objective et globale sur des obligations d'origine contractuelle ou non contractuelle permettant de caractériser le fondement contractuel ou non contractuel du litige. Ces éléments peuvent être déduits, notamment, de l'examen des prétentions des parties, du fait générateur du préjudice dont la réparation est demandée et du contenu des dispositions contractuelles ou non contractuelles invoquées pour régler la question en litige »³².

Le rattachement de la demande d'indemnité aux obligations d'origine contractuelle dépend ainsi d'un examen objectif et global des éléments factuels. Le Tribunal précise que l'examen des dispositions d'un contrat relève de l'exercice de la détermination du fondement contractuel ou non de la demande d'indemnité. Les dispositions d'un contrat peuvent ainsi être examinées dans le cadre de l'engagement de la responsabilité extracontractuelle, comme élément de fait qui détermine le fondement de la compétence du juge, sans avoir pour conséquence de modifier la nature du litige en lui donnant un fondement contractuel³³. C'est en effet en examinant les dispositions contractuelles que le juge peut établir si le comportement de la Commission constitue une violation des obligations contractuelles ou si la demande d'indemnité doit être fondée sur l'article 268 TFUE.

Toutefois, la Cour de justice, dans le cadre du pourvoi exercé contre la décision du Tribunal dans cette affaire, considère que l'examen du rattachement de la demande d'indemnité à la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ne saurait porter sur les clauses conventionnelles. L'examen des clauses conventionnelles rattache en effet le recours à la sphère de la responsabilité contractuelle. Comme la Cour l'explique, admettant les arguments de la Commission, une telle analyse « concerne le caractère légal ou illégal du comportement reproché à cette institution, et relève donc du fond du litige et non de la détermination liminaire de la nature même de ce litige »³⁴.

³¹ Trib., 16 décembre 2010, *Systran/Commission*, T-19/07, *Rec.*, p. II-6083.

³² *Ibid.*, point 60.

³³ *Ibid.*, point 62.

³⁴ C.J., 18 avril 2013, *Commission/Systran SA*, C-103/11 P, *op. cit.*, point 78.

B. *Appréciation du champ d'application de la compétence du juge de l'Union et recours en annulation*

Le recours en annulation, fondé sur l'article 263 TFUE, permet à la Cour de justice de contrôler la légalité des actes des institutions, des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. S'agissant d'un contrat passé par l'Union ou pour son compte, la question se pose de savoir si un acte élaboré dans ce cadre peut faire l'objet d'un recours en annulation ou s'il relève du recours en responsabilité contractuelle qui devrait être fondé sur une clause compromissoire. Outre la nécessité de la délimitation horizontale du fondement juridique du recours, afin de préserver son autonomie dans la systémique des voies de droit³⁵, cette question touche également la répartition verticale des compétences entre le juge national du contrat et le juge de l'Union. En effet, un recours introduit en vertu de l'article 263 TFUE, mais qui devrait être fondé sur l'article 272 TFUE, conduirait à étendre la compétence du juge de l'Union, strictement issue de la clause compromissoire. Selon la jurisprudence, « [d]ans le cas contraire, le Tribunal étendrait sa compétence au-delà des limites définies par le traité FUE, qui lui permet de connaître des litiges contractuels uniquement sur le fondement de clauses compromissoires spécifiques, en vertu de l'article 272 TFUE, ce qui exclurait cependant l'application parallèle des autres voies de recours »³⁶.

En outre, le recours en annulation donne la possibilité aux tiers de mettre en cause la validité d'un acte adopté dans le cadre contractuel, alors qu'ils sont exclus du contentieux issu de la clause compromissoire, étant donné que seules les parties à la clause compromissoire peuvent être parties à l'action introduite sur le fondement de l'article 272 TFUE³⁷.

Au regard de ces enjeux, liés à la compétence d'attribution du juge de l'Union, mais aussi à la protection juridictionnelle des particuliers, les critères de détermination de la base juridique du recours doivent être précisés. Si cette question nourrit depuis longue date le contentieux des contrats de l'Union, c'est dans ces dernières années que le juge de l'Union laisse paraître le souci de systématisation, inscrit toutefois dans un nécessaire pragmatisme. Le juge de l'Union apprécie les critères de qualification d'acte détachable du contexte contractuel (1) pour en tirer les effets dans la pratique du contentieux contractuel (2).

³⁵ K. LENAERTS, « La systémique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne », in *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 257.

³⁶ Trib., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission*, T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, point 14, et Trib., 27 septembre 2012, *Applied Microengineering Ltd*, T-387/09, non encore publié au *Rec.*, point 37.

³⁷ H. HOFMANN, G. ROWE et A. TÜRK (éds.), *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 660.

1. *La théorie des actes détachables*

Selon la jurisprudence, le recours en annulation ne concerne que les actes visés par l'article 288 TFUE que les institutions sont amenées à prendre dans les conditions prévues par le traité en faisant usage de leurs prérogatives de puissance publique. En revanche, les actes adoptés par les institutions qui s'inscrivent dans un cadre purement contractuel dont ils sont indissociables ne figurent pas, en raison de leur nature même, au nombre des actes visés par l'article 288 TFUE, dont l'annulation peut être demandée en vertu de l'article 263 TFUE³⁸.

Il en résulte que le critère déterminant pour le choix de la base juridique du recours contre un acte de l'administration européenne est le rattachement indissociable ou le détachement de l'acte du contexte contractuel³⁹. En effet, l'inscription d'un acte dans un contexte contractuel relevant d'une appréciation factuelle objective, c'est la détermination des effets dudit acte qui constitue le critère déterminant du choix de la base juridique du recours. S'il s'avère que l'acte produit des effets juridiques au-delà du cadre contractuel, étant adopté dans l'exercice par l'institution ou l'organe concerné d'une compétence propre, des prérogatives de puissance publique, il peut être qualifié d'acte détachable du cadre contractuel⁴⁰. Ledit acte produit en principe des effets juridiques à l'égard des tiers, étant ainsi un acte attaquant au sens de l'article 263 TFUE, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte préparatoire.

³⁸ Trib. (ord.), 3 octobre 1997, *Mutual Aid Administration Services/Commission*, T-186/96, *Rec.*, p. II-1633, points 50 et 51, Trib. (ord.), 9 janvier 2001, *Innova/Commission*, T-149/00, *Rec.* p. II-1, point 28, Trib. (ord.), 25 novembre 2003, *IAMA Consulting/Commission*, T-85/01, *Rec.*, p. II-4973, point 53, Trib. (ord.), 10 mai 2004, *Musée Grévin c. Commission*, T-314/03, *Rec.*, p. II-1421, point 64, Trib. (ord.), 26 février 2007, *Evropaïki Dynamiki/Commission*, T-205/05, non publiée au *Rec.*, point 40, Trib. (ord.), 10 avril 2008, *Imelios/Commission*, T-97/07, non publiée au *Rec.*, point 35, Trib. (ord.), 31 août 2011, *IEM/Commission*, T-435/10, point 27, Trib., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro AE/Commission*, T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, point 24, Trib. (ord.), 6 septembre 2012, *Technion/Commission*, T-657/11, non encore publiée au *Rec.*, point 35, Trib., 27 septembre 2012, *Applied Microengineering Ltd*, T-387/09, non encore publié au *Rec.*, point 36, Trib., 17 octobre 2012, *Fondation de l'Institut de recherche IDIAP/Commission*, T-286/10, non encore publié au *Rec.*, point 114, Trib., 9 juillet 2013, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro AE/Commission*, T-552/11, non encore publié au *Rec.*, point 23.

³⁹ Sur le contentieux de l'annulation des actes détachables, voy. G. Marti, « L'office du juge communautaire dans le contentieux des contrats », *R.F.D.A.*, 2011, p. 603.

⁴⁰ La qualification d'acte détachable est imposée, étant donné que la responsabilité de la Commission pour l'exécution du budget ne lui permet pas de déléguer par voie contractuelle de tâches liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Selon l'article 63, paragraphe 2, du règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil (*J.O. L* 298, p. 1), la Commission peut déléguer par voie contractuelle à des entités ou des organismes extérieurs de droit privé qui ne sont pas investis d'une mission de service public les tâches de compétences techniques et tâches administratives, préparatoires ou accessoires qui n'impliquent ni mission de puissance publique ni exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

Nous pouvons ainsi distinguer deux principales étapes dans l'analyse issue de la jurisprudence. Premièrement, le juge apprécie les éléments factuels pour rattacher l'acte attaqué dans un cadre contractuel. Deuxièmement, le juge étudie la possibilité de détacher l'acte en question du cadre contractuel. Tel est le cas lorsque l'acte est issu de l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'administration. Lorsque l'acte n'est pas lié à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'administration européenne, il est considéré comme indissociable du contrat. Un acte adopté dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique produit des effets juridiques à l'égard des tiers. Par conséquent, constitue un acte détachable du contrat et susceptible de recours en annulation l'acte qui, adopté lors de l'exercice des prérogatives de puissance publique de l'administration, produit des effets juridiques qui dépassent le cadre contractuel et touchent les tiers. Une troisième étape peut toutefois avoir lieu, lorsque l'acte en question, même rattaché au contexte contractuel et ne relevant pas de l'exercice de prérogatives de puissance publique, serait considéré comme un acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation en raison de ses effets juridiques à l'égard des tiers. En effet, l'article 263 TFUE vise comme actes attaquables, non seulement les décisions, mais tout acte produisant des effets juridiques obligatoires à l'égard des tiers. Dans ce cas, le critère de production des effets juridiques se dissocie du critère de l'adoption de l'acte dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique, et est examiné de manière autonome.

Il convient de noter que les trois étapes ne sont pas clairement distinguées dans la jurisprudence. Le juge peut mettre l'accent sur l'absence d'exercice de prérogatives de puissance publique, ou sur l'absence d'effets juridiques obligatoires, sans faire le lien entre les deux conditions, pour constater le caractère indissociable du rattachement de l'acte au cadre contractuel. Il convient également de noter que le juge de l'Union n'a pas cristallisé sa terminologie, se référant tantôt à l'exercice de prérogatives de puissance publique, tantôt à l'exercice d'une compétence propre.

Dans tous les cas, la qualification d'un acte d'acte contractuel relève de l'application des critères précis et n'est pas remise en cause par le fait que les buts poursuivis par la Commission participeraient d'une mission d'intérêt général dont elle est chargée dans le cadre d'un programme à la base des rapports contractuels⁴¹.

Par conséquent, la distinction principale qui se dégage de la jurisprudence est celle entre un acte contractuel et un acte administratif en dépit du contexte

⁴¹ Trib. (ord.), *Musée Grévin/Commission*, *op. cit.*, point 82.

contractuel⁴². L'acte susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, qui serait détachable du cadre contractuel, n'est pas seulement un acte unilatéral, mais un acte unilatéral adopté par l'institution ou l'organe de l'Union en sa qualité d'autorité administrative. En l'absence de cet élément, l'acte est indissociable du contexte contractuel et ne relève que du champ d'application d'une clause compromissoire.

La théorie des actes détachables permet ainsi de délimiter le champ d'application de l'article 272 TFUE par rapport à l'article 263 TFUE. Une nouvelle question qui se pose, depuis la réforme de l'ancien article 230 CE par le traité de Lisbonne, est celle de savoir si l'ensemble du contrat conclu par l'Union ou pour son compte, et non seulement un acte détachable de celui-ci, serait susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation par un tiers. La théorie des actes détachables embrasserait ainsi l'ensemble du contrat, qui serait détaché du champ d'application de la clause compromissoire. Une telle possibilité concernerait l'introduction du recours en annulation par une personne tierce, et serait fondée sur la référence de l'article 263 TFUE aux actes des institutions, à la différence de l'ancien article 230 CE qui faisait référence aux décisions. Ainsi, la question est de savoir si un contrat peut être considéré comme un acte susceptible de produire des effets juridiques obligatoires à l'égard des tiers⁴³. On pourrait noter à cet égard que l'élément unilatéral est moins présent dans le cadre du recours en annulation, par la substitution du terme « acte » au terme « décision », mais aussi dans le contentieux des clauses compromissoires, par la substitution du terme « acte administratif » au terme « acte unilatéral » concernant la qualification des actes détachables. Toutefois, le recours en annulation contre le contrat dans son ensemble se heurterait aux difficultés issues de l'éventuelle soumission du contrat au droit national et aux limites des pouvoirs du juge de l'annulation⁴⁴.

La question du recours en annulation contre l'ensemble du contrat ne s'est pas posée devant le juge. La pratique des actes détachables concerne jusqu'à présent les actes adoptés dans un cadre contractuel, qui sont détachables ou indissociables de celui-ci.

⁴² Trib. (ord.), *Musée Grévin/Commission*, *op. cit.*, points 77 et 78, et Trib UE, 12 octobre 2011, *Lito Maiefitiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro/Commission*, T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, point 28.

⁴³ H. HOFMANN, « Agreements in EU Law », *E.L.Rev.*, 2006, p. 800.

⁴⁴ U. STELKENS et H. SCHRÖDER, *op. cit.*, p. 37.

2. La pratique des actes détachables

La jurisprudence est clairement établie pour ce qui concerne la décision rejetant une offre dans le cadre de l'attribution d'un marché, décision détachable du contexte contractuel, en ce qu'elle est adoptée dans l'exercice des compétences propres de la Commission et produit des effets juridiques obligatoires à l'égard de l'entreprise qui perd la chance de se voir attribuer le marché⁴⁵. Le Tribunal, dans ses arrêts récents, et dans un souci didactique, explique la différence entre une telle décision et un acte adopté dans le cadre de l'exécution d'un contrat et non détachable du contexte contractuel⁴⁶.

La jurisprudence fournit plusieurs exemples d'actes indissociables du contexte contractuel. Ainsi, la lettre par laquelle la Commission informe le cocontractant de son intention de recouvrer le montant des sommes ajustées, à la suite des conclusions d'un rapport d'audit, n'est pas un acte détachable du contexte contractuel et, par conséquent, n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation⁴⁷. De même, la décision de la Cour des comptes portant résiliation d'un contrat-cadre et demandant le paiement de dommages et intérêts ne figure pas au nombre des actes qui peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. En effet, le Tribunal considère que la Cour des comptes a agi dans le cadre des droits et des obligations nés du contrat-cadre, prévoyant la possibilité d'une résiliation unilatérale de celui-ci ainsi que l'indemnisation de tout dommage provoqué par une violation de ses stipulations. « Dès lors, par sa nature même, la décision de résiliation et de demande de paiement de dommages et intérêts ne constitue pas une décision administrative relevant des actes visés à l'article 288 TFUE, dont l'annulation peut être demandée à la juridiction de l'Union en vertu de l'article 263 TFUE »⁴⁸.

En revanche les actes relatifs à l'exécution des obligations contractuelles de nature financière, qui forment titre exécutoire en vertu de l'article 299 TFUE (ancien article 256 CE)⁴⁹, sont au nombre de ceux visés à l'article 288 TFUE, dont le bien-fondé ne peut être contesté que devant le juge de l'annulation, sur le fondement de l'article 263 TFUE⁵⁰. Une décision formant titre exécutoire peut être adoptée aux fins de recouvrer une créance née d'un contrat passé

⁴⁵ C.J., 22 avril 1997, *Geotronics/Commission*, C-395/95 P, *Rec.*, I-2271.

⁴⁶ Trib., 14 juin 2012, *Technion/Commission*, T-546/11, non encore publié au *Rec.*, point 46, et Trib. (ord.), 6 septembre 2012, *Technion c. Commission*, T-657/11, non encore publiée au *Rec.*, point 42.

⁴⁷ Trib. (ord.), 6 septembre 2012, *Technion/Commission*, T-657/11, *op. cit.*

⁴⁸ Trib., 10 avril 2013, *GRP Security/Cour des comptes*, T-87/11, non encore publié au *Rec.*, point 30.

⁴⁹ Selon le premier alinéa de cette disposition, « les actes du Conseil, de la Commission ou de la Banque centrale européenne qui comportent, à la charge des personnes autres que les États, une obligation pécuniaire forment titre exécutoire ».

⁵⁰ Trib., 27 septembre 2012, *Applied Microengineering Ltd*, T-387/09, non encore publié au *Rec.*, point 38.

par une institution. La nature juridique d'une telle décision n'est pas affectée par son rattachement contractuel. En effet, l'article 299 TFUE ne prévoit pas de régime juridique dérogatoire pour les décisions formant titre exécutoire adoptées aux fins de recouvrer une créance contractuelle⁵¹. De telles décisions sont ainsi des actes détachables du contrat, susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.

Le Tribunal a reconnu le caractère d'acte détachable du cadre contractuel et, ainsi, d'acte attaquant, à l'acte par lequel la Commission opère une compensation extrajudiciaire entre dettes et créances résultant de différents rapports juridiques avec la même personne. Il s'agit d'un acte qui relève de l'article 288 TFUE, en ce qu'il produit des effets juridiques obligatoires, l'acte de compensation étant susceptible d'opérer l'extinction simultanée de deux obligations existant entre la Commission et le requérant⁵².

Un riche contentieux s'est développé autour des notes de débit, s'inscrivant par nature dans un cadre contractuel⁵³. En effet, la note de débit a pour objet le recouvrement d'une créance qui trouve son fondement dans les stipulations du contrat. Tel est le cas, par exemple, d'une note de débit émise par la Commission en vue de la récupération d'une somme versée au requérant dans le cadre d'un concours financier au soutien d'un projet, en raison de l'exécution incorrecte du contrat⁵⁴, ou d'une note de débit ayant pour objet le recouvrement de pénalités de retard dues par le requérant en raison de l'inexécution du contrat⁵⁵. Inscrite dans un cadre contractuel, la note de débit pourrait-elle être un acte détachable ?

Lorsque la note de débit a pour objet de faire valoir des droits que la Commission tire des stipulations du contrat la liant au requérant, aucun élément ne permet de conclure que la Commission a agi en faisant usage de ses prérogatives de puissance publique. La note est fondée sur l'interprétation des faits et des stipulations pertinentes du contrat. Ainsi, elle ne vise pas à produire d'effets juridiques, à l'égard de la requérante, qui trouveraient leur origine dans l'exercice, par la Commission, de prérogatives de puissance publique dont elle serait titulaire en vertu du droit de l'Union⁵⁶. Or, s'il est indéniable que l'exercice de droits contractuels par une institution ne constitue pas un exercice de

⁵¹ *Ibid.*, point 39, et Trib., 13 juin 2012, *Insula/Commission*, T-246/09, *op. cit.*, points 93 et s.

⁵² Trib., 8 octobre 2008, *Helkon Media AG/Commission*, T-122/06, *Rec.*, 2008, p. II-210*, points 46 et s.

⁵³ Trib., 17 juin 2010, *CEVA/Commission*, T-428/07 et T-455/07, *Rec.*, p. II-2431, point 53.

⁵⁴ Trib., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro/Commission*, T-353/10, *Rec.*, p. II-7213.

⁵⁵ Trib., 21 octobre 2011, *Groupement Adriano et a./Commission*, T-335/09, *Rec.*, p. II-7345.

⁵⁶ Trib., 10 avril 2008, *Imelios/Commission*, T-97/07, *Rec.*, 2008, p. II-54*, points 27 et 28, Trib. (ord.), 31 août 2011, *IEM/Commission*, T-435/10, *Rec.*, 2011, p. II-249*, point 41, et Trib. UE, 12 octobre

ses compétences propres, l'article 263 TFUE, issu du traité de Lisbonne, élargit la notion d'actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation, substituant le critère des effets juridiques au critère décisionnel. En ce sens, une note de débit peut être considérée sous l'angle de la production d'effets juridiques⁵⁷.

Toutefois, selon une jurisprudence en quête de systématisation, une note de débit est un acte préparatoire à caractère informatif qui ne modifie pas la situation juridique du requérant. Malgré le fait qu'elle indique une date d'échéance et les conditions de paiement, la Commission ne prend pas position sur les moyens qu'elle compte mettre en œuvre pour récupérer la somme en cause. En effet, selon les modalités d'exécution du règlement financier, la note de débit précède l'éventuelle adoption d'une décision de la Commission de poursuivre la procédure de recouvrement soit en engageant une procédure contentieuse, soit en adoptant une décision exécutoire définitive sur le fondement de l'article 299 TFUE (ancien article 256 CE). Ainsi, la note de débit est un acte préparatoire et ne constitue pas une mesure fixant définitivement la position de la Commission, ne produit pas d'effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de la requérante et, partant, n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation au sens de l'article 263 TFUE⁵⁸. Cette approche est confirmée pour les notes de débit qui peuvent donner l'impression d'actes définitifs, en incluant des indications relatives aux conditions de paiement, telles le possible recouvrement par compensation ou par voie d'exécution d'une éventuelle garantie préalablement fournie, ou les possibilités d'une exécution forcée et de l'inscription dans une base de données accessible aux ordonnateurs du budget communautaire. Le Tribunal considère que ces indications ne pourraient, en toute hypothèse et par nature, qu'être préparatoires d'un acte de la Commission se rapportant à l'exécution de la créance constatée, dès lors que, dans la note de débit, la Commission ne prend pas position sur les moyens qu'elle compte mettre en œuvre pour récupérer ladite créance⁵⁹. Il en résulte que la note de débit, par sa nature même, ne saurait être considérée comme un acte susceptible d'annulation.

Il convient de noter que, dans la jurisprudence récente relative aux notes de débit, le juge de l'Union répond à l'argument de la protection juridictionnelle effective, lié à la question de savoir si le fait de considérer une note de débit comme non susceptible de recours aboutirait à une violation du droit à

2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission*, T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, point 29.

⁵⁷ Trib., 21 octobre 2011, *Groupement Adriano et a. c. Commission*, T-335/09, *Rec.*, p. II-7345, points 32 et 33.

⁵⁸ Trib., 17 avril 2008, *Cestas/Commission*, T-260/04, *Rec.*, p. II-701, points 74 et 76.

⁵⁹ Trib., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission*, T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, point 30.

un recours juridictionnel effectif. Le Tribunal considère que le requérant pourrait défendre sa position dans le cadre d'un recours formé au titre de l'article 272 TFUE, sur la base de la clause compromissoire contenue dans le contrat⁶⁰, confirmant ainsi son approche d'ensemble des différentes voies de droit dans l'appréciation de la garantie de protection juridictionnelle effective.

III. – Exercice de la compétence du juge de l'Union

Le contentieux des clauses compromissoires couvre certaines questions liées à l'exercice de la compétence du juge de l'Union indépendamment du traitement au fond du litige en fonction du droit applicable⁶¹. Il s'agit de la possibilité de requalification du recours (A), de l'étendue du contrôle du juge (B) et de ses effets (C).

A. Requalification du recours

Il convient en premier lieu de noter qu'il incombe au juge de l'Union d'examiner l'interférence des voies de droit. Ainsi, un recours fondé sur l'article 272 TFUE peut être considéré comme un recours en annulation, en fonction des moyens invoqués et des expressions utilisées⁶², ce qui conduit le juge de l'Union à examiner sa recevabilité.

Selon une jurisprudence bien établie, c'est à la partie requérante qu'il appartient de faire le choix du fondement juridique de son recours et non au juge de l'Union de choisir lui-même la base légale la plus appropriée⁶³. Néanmoins, lorsqu'il est saisi d'un recours en annulation ou d'un recours en indemnité, alors que le litige est, en réalité, de nature contractuelle, le Tribunal requalifie le recours, si les conditions d'une telle requalification sont réunies⁶⁴.

⁶⁰ Trib. (ord.), 31 août 2011, *IEM/Commission*, T-435/10, *op. cit.*, point 43.

⁶¹ Aux termes de l'article 340, alinéa 1, TFUE, la responsabilité contractuelle de l'Union est régie par la loi applicable au contrat en cause.

⁶² Trib., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro AE/Commission*, T-353/10, *op. cit.*

⁶³ C.J., 15 mars 2005, *Espagne/Eurojust*, C-160/03, *Rec.*, p. I-2077, point 35, Trib. (ord.), 10 avril 2008, *Imelios/Commission*, T-97/07, non publiée au *Rec.*, point 19, Trib., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro/Commission*, T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, point 18, Trib. (ord.), 14 juin 2012, *Technion/Commission*, T-546/11, non encore publiée au *Rec.*, point 30, et Trib., 10 avril 2013, *GRP Security/Cour des comptes*, T-87/11, *Rec.*, 2011, p. II-170*, point 31.

⁶⁴ Trib., 17 juin 2010, *CEVA/Commission*, T-428/07 et T-455/07, *Rec.*, p. II-2431, point 57, Trib UE, 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro/Commission*, T-353/10, *Rec.*, p. II-7213, point 34, et Trib., 10 avril 2013, *GRP Security/Cour des comptes*, T-87/11, *op. cit.*, point 31.

Les conditions permettant la requalification et, par conséquent, la recevabilité du recours, sont également bien fixées dans la jurisprudence⁶⁵. La requalification est impossible en cas de volonté expresse du requérant de ne pas fonder sa demande sur l'article 272 TFUE ou lorsque le recours ne s'appuie sur aucun moyen tiré de la violation des règles régissant la relation contractuelle en cause, qu'il s'agisse des clauses contractuelles ou des dispositions de la loi nationale désignée dans le contrat⁶⁶. Le juge de l'Union considère que, dans le cas contraire, sa compétence serait étendue au-delà des litiges dont la connaissance lui est limitativement réservée par l'article 274 TFUE dès lors que cette disposition confie, au contraire, aux juridictions nationales la compétence de droit commun pour connaître des litiges auxquels l'Union est partie⁶⁷.

Ainsi, lorsque les moyens invoqués à l'appui d'une demande en annulation sont fondés exclusivement sur des considérations relevant d'une relation de droit administratif, comme le défaut de motivation ou la violation d'un principe général du droit, tel la protection de la confiance légitime, la requalification du recours en annulation en recours fondé sur l'article 272 TFUE n'est pas possible. Le juge de l'Union limite ainsi le champ d'application contentieux des principes du droit administratif européen aux recours non contractuels. En outre, le juge n'admet pas l'argument abstrait de la prétendue correspondance des moyens invoqués à des principes qui pourraient également être évoqués comme moyens de défense dans le cadre de litiges contractuels ou se retrouveraient également dans les dispositions des lois nationales, sans que lesdits principes ou dispositions nationales ne soient précisés⁶⁸. En revanche, le juge de l'Union procède à la requalification lorsque les moyens invoqués sont tirés de l'invocation des clauses contractuelles, même s'ils ne couvrent pas la violation de la loi nationale régissant le contrat⁶⁹.

⁶⁵ Trib., 19 septembre 2001, *Lecqueur/Commission*, T-26/00, *Rec.*, p. II-2623, points 38 et 39.

⁶⁶ Trib. (ord.), 31 août 2011, *IEM/Commission*, T-435/10, *op. cit.*, point 29, Trib., 12 octobre 2011, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro/Commission*, *op. cit.*, point 35, Trib., 14 juin 2012, *Technion/Commission*, T-546/11, *op. cit.*, point 59, et Trib. (ord.), 6 septembre 2012, *Technion/Commission*, T-657/11, *op. cit.*, point 55.

⁶⁷ Trib., 10 mai 2004, *Musée Grévin/Commission*, T-314/03 et T-378/03, *Rec.*, p. II-1421, point 63, Trib., 25 mai 2004, *Distilleria F. Palma/Commission*, T-154/01, *Rec.*, p. II-1493, points 48 et 50, et Trib. (ord.), 31 août 2011, *IEM/Commission*, T-435/10, *op. cit.*, point 28.

⁶⁸ Trib. (ord.), 6 septembre 2012, *Technion/Commission*, T-657/11, *op. cit.*, point 59.

⁶⁹ Trib., 17 juin 2010, *CEVA/Commission*, T-428/07 et T-455/07, *Rec.*, p. II-2431, point 60. Le Tribunal considère qu'exiger l'invocation de la loi nationale régissant le contrat constitue une conception erronée de la notion de moyen.

B. *Étendue du contrôle*

En premier lieu, on notera qu'une clause compromissoire fait du juge de l'Union le juge du contrat, juge de plein contentieux⁷⁰. Il peut être saisi de demandes fondées sur le défaut ou l'inexacte exécution du contrat et tendant à contraindre les parties à remplir leurs obligations contractuelles, ou à prononcer la résolution judiciaire du contrat, ou sa nullité, ou à préciser les obligations qui résultent de la résiliation. Le Tribunal emprunte les caractéristiques d'une juridiction arbitrale⁷¹, sa compétence dérogeant à la compétence de droit commun des juridictions étatiques. Il est appelé à trancher le litige sur la base du droit matériel applicable au contrat, désigné en principe par celui-ci⁷².

Toutefois, la jurisprudence issue de l'examen par le Tribunal de sa propre compétence permet de préciser l'étendue du contrôle exercé, une fois le rattachement au cadre contractuel établi et le fondement du recours sur l'article 272 TFUE admis. Ainsi, lors d'un litige indissociable du cadre contractuel relevant de la compétence du juge de l'Union en vertu d'une clause compromissoire, seuls les moyens tirés du cadre contractuel peuvent être pris en considération⁷³. Le juge de l'Union est en effet le juge du contrat, ne visant à garantir que la bonne exécution des obligations contractuelles. Le Tribunal rejette les moyens tirés de la méconnaissance des principes qui ne s'inscrivent pas dans le cadre contractuel, comme le principe de bonne administration, en particulier le principe du délai raisonnable, le devoir de sollicitude, le principe de continuité de l'administration, et même l'obligation de motivation. Il est en effet considéré que l'obligation de motivation vise les modes d'action unilatéraux des institutions et ne s'impose pas en vertu du contrat⁷⁴. Une éventuelle violation des principes du droit administratif européen est sans influence sur les obligations incombant à l'administration en tant que cocontractant. « En effet, les institutions communautaires sont soumises à des obligations relevant du principe général de bonne administration à l'égard des administrés exclusivement dans le cadre de l'exercice de leurs responsabilités administratives. En revanche, dans le cas d'espèce, la relation entre les parties est clairement de nature contractuelle. La

⁷⁰ Les pouvoirs du juge du contrat sont plus étendus que ceux du juge de l'annulation des actes détachables. Voy. G. MARTI, *op. cit.*, p. 607.

⁷¹ J.-S. BERCÉ, « La Cour de justice, juge du contrat soumis à la loi étatique choisie par les parties », note sous C.J., 21 février 20012, *Commission/Net*, C-416/98, et C.J., 8 juillet 2004, *Commission/Tendsoft*, C-127/03, *Revue des contrats*, 2005/2, p. 463.

⁷² Si le contrat ne désigne pas le droit applicable, la Cour de justice semble vouloir s'écarter du droit international privé. Elle applique les principes généraux du droit des contrats ou le droit de l'Union lorsqu'il existe. Voy. G. MARTI, *op. cit.*, p. 608 ; D. RITLÉNG, « Les contrats de l'administration communautaire », *op. cit.*, p. 158.

⁷³ Trib., 25 mai 2004, *Distilleria F. Palma/Commission*, T-154/01, *Rec.*, p. II-1493, point 45.

⁷⁴ *Ibid.*, point 46.

défenderesse ne saurait donc reprocher à la Commission que des violations de stipulations contractuelles ou des violations du droit applicable au contrat »⁷⁵.

En revanche, le juge de l'Union admet les moyens fondés sur les principes généraux qui régissent les relations contractuelles et dont la violation entraîne l'engagement de la responsabilité contractuelle, tels la proportionnalité, l'intangibilité du contrat ou l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles. On notera que les moyens fondés sur les principes régissant l'action unilatérale des institutions de l'Union seront pris en considération dans le cadre d'un recours contractuel à condition qu'ils se rattachent à un des principes régissant les obligations contractuelles⁷⁶.

La jurisprudence est également consolidée sur la question de la compétence du juge de l'Union, juge du contrat, pour les demandes reconventionnelles. Ainsi, le juge de l'Union peut statuer, en vertu d'une clause compromissoire, sur la demande reconventionnelle présentée par la Commission même en cas de décision de non-lieu à statuer sur le recours introduit sur la base de l'article 272 TFUE. La demande reconventionnelle est en effet fondée sur le contrat contenant la clause compromissoire et les droits et obligations qui en découlent. Le Tribunal se situe dans la suite de la jurisprudence, rappelant que « dans le système communautaire des voies de droit, la compétence pour statuer sur un recours au principal implique l'existence d'une compétence pour statuer sur toute demande reconventionnelle introduite au cours de la même procédure qui dérive du même acte ou du même fait qui fait l'objet de la requête. Cette compétence se fonde sur l'intérêt de l'économie de procédure et sur la priorité reconnue au juge saisi en premier lieu, considérations également communément reconnues dans les systèmes procéduraux des États membres »⁷⁷.

Enfin, le juge de l'Union saisi en vertu d'une clause compromissoire ne se limite pas à vérifier l'existence d'une relation contractuelle actuelle et réelle, mais étend son contrôle sur le caractère actuel de l'intérêt à agir. Le Tribunal considère en effet que l'exigence selon laquelle toute personne introduisant une action en justice doit avoir un intérêt à agir né et actuel n'est pas prévue uniquement dans le cadre du recours introduit par l'article 263 TFUE. Cette exigence

⁷⁵ Trib., 3 juin 2009, *Commission/Burie Onderzoek en Advies*, T-179/06, *Rec.*, 2009, p. II-64*, points 117 et 118. Voy. également Trib., 9 février 2010, *Evropaïki Dynamiki*, T-340/07, *Rec.*, 2010, p. II-16*, point 124.

⁷⁶ Trib., 15 mars 2005, *GEF/Commission*, T-29/02, *Rec.*, p. II-835, point 238, et Trib., 13 juin 2012, *Insula/Commission*, T-246/09, *op. cit.*, points 267 et s.

⁷⁷ C.J. (ord.), 27 mai 2004, *Commission/IAMA Consulting*, C-517/03, non publiée au *Rec.*, point 17, Trib., 9 juillet 2013, *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheiourgiko Kentro AE/Commission*, T-552/11, *op. cit.*, point 39, et Trib., 16 septembre 2013, *GL2006 Europe Ltd/Commission*, T-435/09, non encore publié au *Rec.*, point 42.

doit être respectée en ce qui concerne tous les recours introduits devant le juge de l'Union⁷⁸.

C. Effets

Le Tribunal a considéré que les effets de l'annulation sont transposables dans le cadre de la saisine en vertu d'une clause compromissoire. Ainsi, lorsque le juge de l'Union, saisi sur la base d'une clause compromissoire, a estimé non fondée la créance d'une institution à l'égard d'un de ses cocontractants, l'institution est tenue de réexaminer, soit d'office soit à la demande de la partie concernée, l'existence et le montant de la créance visée par sa décision, de sorte à donner pleine exécution à l'arrêt du juge de l'Union. Le fait que l'institution ait émis, avant la fin de l'instance, une décision formant titre exécutoire au sens de l'article 299 TFUE, afin de recouvrer sa créance, n'affecte pas l'obligation issue de l'arrêt rendu dans le cadre de l'article 272 TFUE⁷⁹. Une telle solution est dictée par les considérations relatives notamment à la bonne administration de la justice et à l'exigence d'économie de procédure.

Conclusion

Le recours introduit devant le juge de l'Union en vertu d'une clause compromissoire s'inscrit ainsi dans la systémique des voies de droit du contentieux de l'Union. La problématique du choix du fondement du recours n'est pas propre au contentieux des clauses compromissoires, elle exprime le principe d'autonomie des voies de droit nécessitant une approche horizontale des pouvoirs du juge de l'Union en fonction des moyens invoqués. Mais cette même problématique revêt une signification propre au contentieux des clauses compromissoires en ce qu'elle touche la répartition verticale des compétences entre le juge de l'Union et le juge national. Le rapport des voies de droit concernant également le rapport des ordres juridiques, dans un contexte factuel qui met en jeu l'efficacité de l'action de l'Union et les intérêts financiers des parties, l'élaboration d'un régime juridique des clauses compromissoires semble nécessaire et justifie la prolifération et la clarification d'un contentieux complexe.

⁷⁸ Trib., 9 septembre 2013, *Planet AE/Commission*, non encore publié au *Rec.*, T-489/12, point 48.

⁷⁹ Trib., 13 juin 2012, *Insula/Commission*, T-246/09, *op. cit.*, point 114.