

PRÉFACE

Après la publication en 2011, dans la série « Grands écrits » de la collection « Droit de l'Union européenne », d'un recueil d'études d'Ami Barav sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne, c'est une heureuse initiative, dont je me réjouis, qu'ont prise Fabrice Picod, professeur à l'Université Panthéon-Assas, titulaire de la chaire Jean Monnet de droit de l'Union européenne et directeur de cette collection, et la maison d'édition Bruylant, que de publier ce second volume d'études comprenant des articles et des commentaires d'arrêts, rédigés par Ami Barav en langue française, consacrés à divers thèmes dont le trait d'union est l'application judiciaire du droit de l'Union européenne.

La série « Grands écrits » rend commodément accessible à tout juriste qui s'intéresse au droit de l'Union européenne, des études clés précédemment parues sur des questions juridiques importantes qui ont jalonné l'évolution de ce droit et dont la lecture projette un éclairage permettant d'appréhender son déroulement temporel et d'apprécier son état de développement actuel.

Le présent ouvrage contient une sélection de dix-huit articles publiés par Ami Barav dans des revues juridiques européennes et dans des mélanges offerts à d'éminents juristes entre 1974 et 2011, année au cours de laquelle il est parti, quelque peu prématurément, à la retraite de l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne) où il était professeur titulaire depuis 1995.

Formé à l'Université Robert Schuman-Strasbourg III, où il a obtenu, en 1970, la maîtrise en droit et soutenu, en 1983, une thèse remarquée de doctorat d'État sur « La fonction communautaire du juge national », qualifiée par la suite de « classique » (1), ainsi qu'à la *London School of Economics and Political Science* de laquelle il a reçu deux diplômes de Master : *MSc (Econ) Politics* et *LLM*, Ami Barav a poursuivi un parcours académique d'enseignement dans d'illustres établissements universitaires. Parmi eux, je rappellerais qu'aux États-Unis il a été *research scholar in residence* à l'école de droit de l'Université de Michigan, professeur invité à l'*University of Southern California*

(1) J.-C. GAUTRON, Préface à la thèse d'Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, p. 1.

PRÉFACE

School of Law, et à la *Cornell Law School*. En Europe, il a été *Lecturer* à l'Université de Reading de 1976 à 1985 et, de 1985 à 1990, *Reader* à l'Université d'Essex. Il a été le premier *Jacques Delors visiting professor* à l'Université d'Oxford. Pendant plusieurs années il donna des cours et des séminaires au Collège d'Europe de Bruges, au Centre européen universitaire de Nancy et, parmi d'autres, dans les universités Jean Moulin-Lyon III, Rennes I, Lusiada et Nova de Lisbonne, Autònoma de Barcelone, dans celles de Stockholm et de Coimbra et, plus récemment, celles d'Athènes et de Moscou. Depuis 2011, il participe à l'enseignement du cours « Recours contentieux » dans le cadre du Master 2 « Droit et contentieux de l'Union européenne » de l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas). En 1998, il fut rapporteur général sur le thème « Les directives communautaires : effets, efficacité, justiciabilité » dans le cadre du XVIII^e Congrès de la FIDE. S'ajoutant à ses enseignements, son expérience de référendaire à la Cour de justice et ses activités de *barrister* au barreau d'Angleterre et d'avocat au barreau de Paris confèrent une dimension supplémentaire à ses écrits.

Ami Barav est co-auteur de l'ouvrage *Contentieux communautaire* (2), co-directeur du *Dictionnaire juridique des Communautés européennes* (3) et a été, de 1988 à 1997, co-éditeur du *Yearbook of European law* (4).

Les articles ici rassemblés traitent, d'une manière à la fois analytique et synthétique, de sujets variés relatifs à certains recours devant les juridictions de l'Union européenne, aux tâches dévolues aux juridictions nationales dans l'application du droit de l'Union en matière de protection juridictionnelle des particuliers, à la liberté de circulation des personnes et à la transparence. Trois études ici reproduites (chapitres 4, 5 et 16) analysent des décisions des juridictions nationales. J'aimerais, tout particulièrement, saluer ici la publication de l'hommage à notre ami commun, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, avocat général près la Cour de justice, décédé en 2009, qu'a prononcé Ami Barav en avril 2010 devant le *Consejo General de Poder Judicial* à Madrid (chapitre 2).

Plusieurs de ces articles, tels celui décrivant l'institution de l'avocat général près la Cour de justice en la comparant à celle du commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français (chapitre 1), ceux démontrant l'incidence, alors embryonnaire mais vouée à s'étendre

(2) Avec G. VANDERSANDEN, Bruxelles, Bruylant, 1977.

(3) Avec Ch. PHILIP, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

(4) Avec D. WYATT, Oxford, Oxford University Press.

PRÉFACE

et à s'amplifier, du droit de l'Union européenne sur le droit pénal national (chapitres 6 et 7) (5), celui consacré à la répétition de l'indu (chapitre 14), et celui analysant la spécificité du recours en carence (chapitre 9) (6), étaient parmi les premières études doctrinales de ces thèmes. D'autres études, telles les notes sous les arrêts de la Cour de justice dans les affaires *Simmenthal* (chapitre 3) et *Francovich* (chapitre 15), ainsi que les observations sur l'arrêt du Conseil d'État français dans l'affaire *Cohn-Bendit* (chapitre 4) et sur l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle italienne dans l'affaire *Granital* (chapitre 5), témoignent d'une parfaite maîtrise de la problématique des rapports entre le droit de l'Union et le droit national dans sa dimension judiciaire, en ce qui concerne, tout spécialement, l'invocabilité du droit de l'Union et de la protection des justiciables, et revêtent une grande originalité d'analyse. À cet égard, je rappellerais que le professeur Alberto Trabucchi, ancien juge et avocat général à la Cour de justice, a considéré si intéressant le commentaire de l'arrêt *Granital* par Ami Barav, exprimant une position divergente de celle généralement soutenue par la doctrine italienne, qu'il l'a publié en Italie dans la *Rivista di diritto civile*, dont il était le rédacteur en chef, au surlendemain de sa parution en France dans la Revue trimestrielle de droit européen. Particulièrement instructive et riche d'enseignements est l'étude sur la responsabilité de l'État en droit de l'Union européenne et en droit français (chapitre 16).

Naturellement, un droit essentiellement jurisprudentiel, comme l'est celui de l'Union européenne, n'est jamais entièrement statique et, en dépit de l'immuable « acquis communautaire », les solutions dégagées par des décisions judiciaires ne sont pas totalement figées. En particulier, la lecture des études ici reproduites permet de connaître le point de départ de la démarche initiale du juge, de se rendre compte de l'étendue de l'évolution accomplie et du chemin parcouru et de mesurer ainsi l'ampleur des changements et des revirements intervenus dans certaines matières. Le fait que les études contenues dans le présent volume ont été précédemment publiées n'enlève rien à leur intérêt, mais, au contraire, l'accroît en décuplant leurs mérites en ce qu'elles traduisent une capacité d'analyse qui doit être soulignée.

Observateur perspicace et sourcilleux de la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne, Ami Barav est l'un des auteurs les plus

(5) Matière qui a connu un essor spectaculaire à partir de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire C-176/03, *Commission c. Conseil, Rec.*, 2005, p. I-7879.

(6) Voy., tout spécialement, S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

PRÉFACE

pénétrants au sein du monde académique européen. Tout en présentant une réflexion, parfois critique et montrant quelque sévérité, justifiée, envers certains aspects de la jurisprudence, il est pleinement conscient des mérites de ces juridictions et de leur apport capital, voire crucial, au processus d'intégration. Même ceux qui ne partagent pas toutes ses analyses juridiques ou n'adhèrent pas à ses prises de position, ne peuvent que s'enrichir par la lecture de ses travaux d'une remarquable érudition.

Dans l'exercice de mes différentes fonctions, j'ai fréquemment consulté les écrits d'Ami Barav. J'y trouvais une analyse approfondie, rigoureuse et exhaustive de la jurisprudence, des références abondantes à la littérature juridique, notamment en langues française et anglaise, une argumentation soutenue, entraînante dans sa force logique, et une présentation didactique et claire des thèmes étudiés, reflétant son don pédagogique, dont je peux, moi-même, témoigner, ayant été présent, à plusieurs occasions, dans des enceintes dans lesquelles il dispensait des enseignements et prononçait des conférences.

Comme l'a écrit Fabrice Picod, en droit de l'Union européenne, « la doctrine doit ordonner, synthétiser, mais aussi observer, analyser, critiquer l'œuvre des autres pouvoirs. Elle doit également, comme dans toute discipline, initier, inciter et stimuler l'action et exercer une forme de contrôle de l'action. Dans ses rapports avec le pouvoir juridictionnel, il lui faut suggérer des solutions, analyser et replacer dans une perspective d'ensemble les solutions qui sont adoptées par les juges » (7).

À chacun de ces titres, Ami Barav tient, assurément, une place insigne incontestable au premier rang de la communauté doctrinale européenne.

Giuseppe TESAURO

Ancien juge et président de la Cour constitutionnelle italienne

Ancien président de l'Autorité italienne de la concurrence

Ancien avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne

Ancien professeur aux universités *La Sapienza*, Rome

et *Federico II*, Naples

(7) F. PICOD, « Doctrine et pouvoir juridictionnel », in *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 145.

**L'APPLICATION JUDICIAIRE
DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE
- RECUEIL D'ÉTUDES -**

LISTE DES ÉTUDES ET LIEUX DE PUBLICATION

- 1 Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes, *Revue internationale de droit comparé*, 1974, vol. 26, pp. 809-826.
- 2 Hommage à l'avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, in Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, *La justicia de la Unión europea*, Civitas & Thomson Reuters, 2011, pp. 19-38 (version française du texte en espagnol).
- 3 Les effets du droit communautaire directement applicable : Observations sur l'arrêt de la Cour de justice du 9 mars 1978 dans l'affaire 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmental*, *Cahiers de droit européen*, 1978, vol. 14, pp. 260-282.
- 4 Remarques à propos de l'arrêt du Conseil d'État de France dans l'affaire *Ministre de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, *Revue belge de droit international*, 1980, vol. 15, pp. 126-148.
- 5 Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : Le fantôme de Simmenthal, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1985, vol. 21, pp. 313-341, et *Rivista di diritto civile*, 1985, vol. 31, pp. 321-352.
- 6 La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir de sanctions des États membres : À propos d'une jurisprudence récente de la Cour de justice des Communautés européennes, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, vol. 13, pp. 721-735.
- 7 L'incidence du droit communautaire sur le pouvoir répressif national, in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration – Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1983, pp. 9-32.
- 8 Le juge et le justiciable, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 1-74.
- 9 Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1975, vol. 11, pp. 53-71.

L'APPLICATION JUDICIAIRE DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

- 10 Variations nouvelles sur un thème ancien : Les conditions du recours individuel en annulation dans la CEE – À propos du cas d'un acte pris sous l'apparence d'un règlement : Observations sur l'arrêt de la Cour de justice du 18 novembre 1975 dans l'affaire 100/74, *Société CAM SA c. Commission des Communautés européennes, Cahiers de droit européen*, 1976, vol. 12, pp. 68-109 (article rédigé conjointement avec le professeur R. Kovar).
- 11 « Injustice normative » et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne : Observations sur l'arrêt de la Cour de justice du 31 mars 1977 dans les affaires jointes 54 à 60/76, *Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac e.a. c. Conseil et Commission des Communautés européennes, Cahiers de droit européen*, 1977, vol. 13, pp. 435-457.
- 12 Le droit au juge devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes, in Joël Rideau (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J., 1997, pp. 191-216.
- 13 La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire, in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, 1991, pp. 1-20.
- 14 La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *Cahiers de droit européen*, 1981, vol. 17, pp. 507-538.
- 15 Note sur l'arrêt de la Cour de justice dans les affaires jointes C-6/90 et C-9/90, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c. République italienne, La Semaine juridique* (éd. Générale), 1992, Jurisprudence, n° 21783.
- 16 Responsabilité et irresponsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire, in *Gouverner, Administrer, Juger – Liber amicorum Jean Watine*, Dalloz, 2002, pp. 429-468.
- 17 Non-discrimination des enseignants en raison de la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, in *Liberté, Justice, Tolérance – Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruylant, 2004, pp. 189-218.
- 18 Opacité et transparence ou le droit d'empêcher : La jurisprudence en matière d'accès aux documents provenant des États membres détenus par les institutions communautaires, in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 29-62.

**L'APPLICATION JUDICIAIRE
DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE
- RECUEIL D'ÉTUDES -**

NOTE INTRODUCTIVE

Le présent volume rassemble dix-huit études parues entre 1974 et 2011 dans différentes revues juridiques européennes et dans des ouvrages collectifs. Elles couvrent divers domaines ayant pour trait commun l'application du droit de l'Union européenne par la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européenne, ainsi que par certaines juridictions nationales. La voie contentieuse empruntée par les sujets du droit de l'Union a permis aux juridictions saisies, chacune dans sa sphère de compétences, d'énoncer des règles de portée générale, bien au-delà de la solution des litiges qui leur étaient soumis.

Les versions originelles des articles et des commentaires de jurisprudence repris dans ce volume n'ont pas été modifiées, sous réserve de la correction de quelques fautes de frappe et erreurs de style et d'impression. Leur lecture permet de retracer la genèse d'un certain nombre de solutions retenues par la jurisprudence et de faire ressortir aussi bien les constances que les aspects ondoyant de l'évolution jurisprudentielle.

Certaines notes en bas de page ont été mises à jour pour indiquer les références aux arrêts et conclusions qui, bien que prononcés au moment de la rédaction de ces études, n'avaient pas encore fait l'objet de publication dans le Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice ou dans des recueils de décisions judiciaires nationales. Tout en conservant les modes originel de citation des notes, leur présentation a été quelque peu uniformisée, afin d'assurer à l'ensemble de l'ouvrage une certaine cohérence.

Les références à la Cour de justice et au Tribunal de première instance des Communautés européennes doivent être entendues comme visant, à partir de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (1^{er} décembre 2009), respectivement la Cour de justice de l'Union européenne et le Tribunal de l'Union européenne. Les numéros des articles du traité, tels qu'ils existaient au moment de la publication première de ces études, demeurent cités tels quels.

- 1 -

**LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT
PRÈS LE CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS ET
L'AVOCAT GÉNÉRAL PRÈS LA COUR DE JUSTICE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Il était inévitable que les institutions des Communautés européennes subissent l'influence des traditions et des conceptions juridiques des États fondateurs. Il était apparent que le contentieux administratif de la CECA procédait par filiation directe du contentieux administratif français. Comme l'a écrit le professeur L'Huillier : « C'est un sujet de satisfaction pour les publicistes français que de constater que ce contentieux "supranational" constitue une réplique fidèle de notre contentieux administratif national dont il ne fait que transposer *mutatis mutandis* la plupart des solutions » (1).

Le fait que des notions juridiques et des règles de procédure aient été empruntées aux droits nationaux s'est manifesté lors de la création de la Cour de justice de la CECA. M. Lagrange a observé que « l'influence du droit administratif français et notamment du recours pour excès de pouvoir a été prépondérante dans la rédaction du Traité de Paris » (2). Les juristes français ont conscience, d'ailleurs, de l'influence qu'exerce leur droit administratif sur des droits nationaux et sur certaines branches du droit international. Le professeur P. Weil n'a-t-il pas écrit que « la valeur d'exportation du droit administratif français et particulièrement l'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État n'est plus à démontrer » ? Au seuil de son étude sur le droit international des contrats, le professeur Weil a remarqué que le droit administratif français inspirait le droit administratif international (c'est-à-dire le droit interne des organisations internationales) et que « les Communautés européennes furent le second point de pénétration de l'influence du droit administratif français sur le secteur international » (3).

(1) L'HUILLIER, « Une conquête du droit administratif français : le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », *D.*, chron., 1953, pp. 63-66. Voy., aussi, P. REUTER, *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, L.G.D.J., 1953, p. 88.

(2) Conclusions dans les aff. jtes 3 et 4/54, *Rec.*, I, p. 143. Voy., également, R.-M. CHEVALLIER, *in Les Nouvelles - Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 392.

(3) P. WEIL, « Un nouveau champ d'influence pour le droit administratif français : le droit international des contrats », *E.D.C.E.*, 1970, p. 13.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Cependant, l'existence des Communautés européennes a fait naître des problèmes nouveaux qui ne se posaient pas dans le cadre du droit interne et qui appelaient des solutions purement communautaires. La spécificité de l'ordre juridique communautaire ne permettait pas une transposition globale des solutions nationales⁽⁴⁾. Bien qu'un droit communautaire autonome se soit développé, les droits nationaux continuent à exercer une influence sur l'œuvre de la Cour. Cette influence est tantôt recherchée par l'appel fait par la Cour aux solutions des droits internes des pays membres, tantôt subie, puisque « les États fournissent à la Cour ses juges, ses avocats généraux, ses plaideurs et leurs conseils, chacun y apporte la formation juridique qu'il doit à son droit national »⁽⁵⁾.

Le professeur Rivero a considéré le problème de l'influence des droits nationaux sur la Cour de la CECA comme l'un des plus significatifs que l'on pouvait se poser lors de la création de la Cour commune aux trois Communautés. Il a analysé ce problème sous le triple aspect de la technique juridictionnelle, de la recevabilité des recours et du fond du droit. Le professeur Rivero est arrivé à la conclusion qu'il existait une influence discrète du droit français, mais qu'un droit communautaire commun s'est développé par les solutions originales qui ont été avancées par la Cour⁽⁶⁾.

En raison de la création prétorienne du droit, il n'y a pas d'identité entre le droit communautaire et aucun droit national. Cependant, le professeur R.-M. Chevallier remarque, en examinant l'influence du droit administratif français sur les caractères fondamentaux du droit communautaire, que, « dans l'ensemble, les ressemblances entre les deux systèmes l'emportent sur les divergences »⁽⁷⁾. Le professeur Chevallier attribue cette influence, en partie, à l'œuvre des avocats généraux français, tous originaires du Conseil d'État, et plus particulièrement à celle du premier d'entre eux, M. Lagrange.

Le professeur L'Huillier, concluant sa chronique, note que la Cour a emprunté au Conseil d'État français « l'un des éléments les plus féconds

(4) Voy., p. ex., les conclusions de M. ROEMER dans l'aff. 1/64, *Rec.*, X, p. 833 : « On peut faire appel de temps à autre aux institutions juridiques des systèmes nationaux, mais, d'un autre côté, il ne faut pas oublier que le traité ne se propose pas de copier tel ou tel système national. Sa structure est trop particulière et, dans une large mesure, elle n'a pas de parallèle dans le droit national ».

(5) J. RIVERO, « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la C.E.C.A. », *Ann. fr. dr. intern.*, 1958, p. 296.

(6) J. RIVERO, article précité.

(7) Nous remercions M. CHEVALLIER pour son article intitulé : « Le contentieux des Communautés et le droit administratif français ». Cet article a été par la suite publié in J. RIDEAU, P. GERBET, M. TORRELLI et R.-M. CHEVALLIER (dir.), *La France et les Communautés européennes*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 459-471.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

qui est l'institution d'un ministère public maître de ses conclusions » (8). En effet, les commentateurs des traités européens et la doctrine communautaire se réfèrent souvent à l'institution de l'avocat général comme étant le symétrique du commissaire du gouvernement près les juridictions administratives françaises, notamment près le Conseil d'État (9). Le rapport officiel de la délégation française était particulièrement net sur ce sujet en concluant que « c'est avec la conviction qu'une telle institution procurera à la nouvelle Cour ses mêmes effets bienfaisants que nos partenaires ont accepté de la faire profiter des fruits d'une expérience essentiellement française » (10).

La fonction essentielle du commissaire du gouvernement et de l'avocat général est de présenter des conclusions orales et motivées avant que l'affaire ne soit mise en délibéré. Mais, malgré l'évidente parenté et l'identité des fonctions, il subsiste des différences entre les deux institutions. Outre les raisons d'ordre historique, les différences ont trait à l'environnement juridique dans lequel opèrent les deux institutions. Cet environnement juridique est sensiblement différent. Le Conseil d'État français est une juridiction connaissant de litiges d'ordre administratif alors que la Cour de justice européenne, outre son rôle de juge administratif, joue un rôle de juge international et de juge constitutionnel (11).

I. – LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT
PRÈS LE CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS STATUANT
AU CONTENTIEUX

Le statut et le rôle actuel du commissaire du gouvernement sont le produit d'une longue évolution historique. Il est proposé de décrire le statut du commissaire du gouvernement avant d'étudier sa fonction dans le cadre de la procédure administrative contentieuse (12).

(8) L'HUILLIER, article précité, p. 66. Il y a des analogies à faire avec des institutions des autres pays membres, particulièrement, le procureur général de la Cour de cassation et l'auditorat du Conseil d'État belges. Il est, cependant, de toute évidence que c'était bien le commissaire du gouvernement français qui a servi de modèle à l'institution de l'avocat général communautaire.

(9) GAND, in *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, op. cit., p. 299 ; P. DE VISSCHER, *Le droit public de la C.E.C.A.*, Presses universitaires de Liège, 1956-1957, ronéo, p. 107 ; DELAUAUX, *La Cour de Justice de la C.E.C.A.*, 1956, p. 14 ; M. LAGRANGE, *Rev. dr. publ.*, 1954, pp. 420-421 ; TIZZANO, *La corte de giustizia delle communita europee*, 1967, p. 263 ; IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, pp. 368-369.

(10) France, ministère des Affaires étrangères, *Rapport de la délégation française sur le Traité et la Convention signés à Paris le 18 avril 1951*, p. 32.

(11) Voy., p. ex., VANDERSANDEN, « Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes dans le processus d'intégration communautaire », in *Aussenwirtschaft, Zeitschrift für internationale Wirtschaftsbeziehungen*, 1970, pp. 403-426.

(12) Sur le commissaire du gouvernement en général, voy. SAUVEL, « Les origines des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'État statuant au contentieux », *Rev. dr. publ.*, 1949,

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

A. – Origines et statut du commissaire du gouvernement

L'institution du commissaire du gouvernement près le Conseil d'État statuant au contentieux a été créée par l'ordonnance royale du 12 mars 1831. Le terme commissaire du gouvernement n'y figure point et le texte ne parle que de trois maîtres des requêtes exerçant les fonctions du ministère public. L'article 2 de l'ordonnance prévoit qu'ils sont désignés au commencement de chaque trimestre par le ministre, président du Conseil d'État, que l'un d'eux devra être entendu dans chaque affaire et qu'il prendra, à cet effet, communication du dossier⁽¹³⁾. Ces quelques lignes brèves et laconiques ne précisent en rien quelle est l'organisation et la nature de la fonction exercée par ces maîtres des requêtes. Devant le silence du texte, Duvergier a estimé qu'« on appliquera sans doute comme analogues les dispositions organiques du ministère public près les tribunaux ordinaires »⁽¹⁴⁾. En effet, l'intention était de créer auprès du Conseil d'État une institution semblable à celle qui existait pour les tribunaux judiciaires⁽¹⁵⁾. Cette intention est confirmée par le préambule de l'ordonnance qui déclare « qu'au moment où les parties obtiennent les avantages de la publicité de la discussion orale, il est concevable que l'administration et l'ordre public trouvent des moyens de défense analogues à ceux qui leur sont assurés devant les tribunaux ordinaires »⁽¹⁶⁾. Ce véritable ministère public près le Conseil d'État statuant au contentieux allait de pair, explique le professeur Guillien, avec la juridiction qu'exerçait alors le Conseil d'État, puisqu'il voit dans le commissaire du gouvernement le « symbole », « l'organe apparent » et, même, la « personnification » de la justice retenue classique⁽¹⁷⁾. Mais l'institution a beaucoup évolué. En s'écartant et s'éloignant du ministère public et de l'organisation du parquet près les juridictions judiciaires, elle a acquis des traits qui lui sont propres.

Son organisation, son fonctionnement et la nature du rôle exercé par le commissaire du gouvernement ont été formés et précisés par la

pp. 5-20 ; R. GUILLIEN, « Les commissaires du gouvernement près les juridictions administratives et spécialement près le Conseil d'État français », *Rev. dr. publ.*, 1955, pp. 281-303 ; DUPEYROUX, « Le ministère public auprès des juridictions administratives », in *Mélanges Mestre*, pp. 179-192 ; voy., également, les contributions de MM. BERNARD, GAZIER, JUVIGNY, CAHEN-SALVADOR et JEZE, in *Le Conseil d'État. Livre jubilaire*, Sirey, 1952, et les notes de M. WALINE, *Rev. dr. publ.*, 1969, pp. 512-520 et de A. HEURTE, *A.J.D.A.*, 1957, II, pp. 250-252.

(13) DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, 1^{re} éd., 1831, p. 117.

(14) DUVERGIER, *op. cit.*, 1831, p. 118.

(15) Voy., p. ex., J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité du contentieux administratif*, L.G.D.J., vol. I, p. 176.

(16) La publicité des débats des séances du Conseil d'État a été prescrite par l'ordonnance du 2 février 1831, voy. DUVERGIER, *op. cit.*, 1831, p. 71.

(17) R. GUILLIEN, *loc. cit.*, pp. 293 et 296.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

pratique, à tel point que le conseiller Sauvel a pu écrire qu'il est « à bien des égards un organisme de la coutume » (18).

Au particularisme du système français de dualité de juridiction s'ajoute l'institution du commissaire du gouvernement près les juridictions administratives. La quasi-totalité des auteurs sont d'accord pour affirmer que le commissaire du gouvernement constitue un élément profondément original dans la procédure administrative contentieuse (19).

Le terme de ministère public, employé par l'ordonnance de 1831 n'a pas été repris par les textes ultérieurs. L'ordonnance du 18 septembre 1839 parle des maîtres des requêtes désignés pour remplir les fonctions de commissaire du roi (20) et ce n'est que la loi du 24 mai 1872 qui les qualifie dans son article 16 de commissaires du gouvernement (21). La doctrine unanime remarque que le terme choisi ne correspond nullement à la fonction exercée par ces commissaires (22). Les auteurs suggèrent de les appeler commissaires de la loi, du droit ou de la légalité (23). Malgré ce titre trompeur, le Conseil d'État semble lui être fidèle puisqu'il a, en effet, décliné une proposition faite au cours des consultations qui ont précédé la réforme de 1963 de substituer le titre de commissaire de la loi à celui de commissaire du gouvernement (24). Ainsi, grâce à son histoire centenaire, le terme de commissaire du gouvernement est toujours employé, obligeant à préciser que ces commissaires ne représentent pas le gouvernement et qu'ils sont à distinguer des autres commissaires du gouvernement, ceux qui existent devant les sections administratives du Conseil d'État.

La durée du mandat des commissaires du gouvernement était continuellement prolongée. L'ordonnance de 1839 fixa le terme à six mois, la loi du 19 juillet 1845 à un an (25), et ce n'est que depuis la loi du 3 mars 1849 qu'ils sont nommés sans limitation de temps (26). Cependant, l'usage s'est instauré au Conseil d'État qu'un maître des requêtes exerçant les fonctions de commissaire du gouvernement et nommé conseiller d'État

(18) SAUVEL, *loc. cit.*, p. 6.

(19) VOY., p. ex., R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les cours de droit, 1970-1971, p. 959 ; G. VEDEL, *Droit administratif*, 5^e éd., coll. « Thémis », P.U.F., 1973, p. 527 ; LENOAN, « La procédure devant le Conseil d'État statuant au contentieux », *D.*, 1954, p. 145.

(20) DUVERGIER, *op. cit.*, 1839, p. 291.

(21) DUVERGIER, *op. cit.*, 1872, pp. 226-227.

(22) VOY., p. ex., G. VEDEL, *Droit administratif*, Les cours de droit, 1970-1971, p. 303 ; WALINE, *Droit administratif*, 7^e éd., Sirey, 1957, n° 256 ; BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n° 661 ; J. RIVERO, *Droit administratif*, 6^e éd., Dalloz, 1973, n° 193.

(23) VOY. G. VEDEL, *Droit administratif*, P.U.F., 1973, p. 528 ; M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 176 ; DUPEYROUX, *loc. cit.*, p. 187.

(24) VOY. *Jurisclasseur du droit administratif*, Fasc. 617, n° 311.

(25) DUVERGIER, *op. cit.*, 1845, p. 342.

(26) DUVERGIER, *op. cit.*, 1849.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

abandonne ces fonctions. Ce cas est actuellement réglé par un texte, puisque l'article 28 du décret du 30 juillet 1963 précise que le commissaire du gouvernement nommé conseiller ne pourrait être maintenu dans ses fonctions de commissaire pendant une période excédant trois ans (27).

Le nombre de trois fixé par l'ordonnance de 1831 a été abandonné en 1910. Le décret du 13 mai 1910 stipula que le nombre des commissaires du gouvernement était de six au moins et de huit au plus. Le nombre n'est pas précisé dans l'ordonnance du 31 juillet 1945 ni dans les textes ultérieurs. La pratique a voulu qu'il y ait deux commissaires par sous-section de contentieux général et un par sous-section de contentieux spécialisé (contentieux fiscal).

De nombreux textes sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'État reproduisent des dispositions antérieures relatives aux commissaires du gouvernement, en les modifiant légèrement et en y ajoutant quelques précisions (28). Notamment, depuis l'ordonnance du 13 mai 1831, ils peuvent être également choisis parmi les auditeurs (il s'agit des auditeurs de première classe). L'ordonnance de 1839 déjà citée précise qu'ils assistent aux séances du Comité du contentieux et que, dans la séance publique, le commissaire « donne son avis ». L'article 30 du même texte leur interdit de prendre part à la délibération. C'est la terminologie utilisée par la loi de 1872 qui se révélait la plus durable : le terme *conclusions* prévu par son article 18 et le titre de *commissaire du gouvernement* figurant dans l'article 16 sont employés depuis.

L'article 33 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 prévoit que les commissaires du gouvernement sont désignés par décret pris sur proposition du garde des Sceaux après que le vice-président du Conseil d'État et le président de la section du contentieux ont fait des représentations. L'article 37 de cette ordonnance ajoute que le commissaire, à l'instar du vice-président du Conseil d'État, du président de la section du contentieux, de la sous-section d'instruction et des sous-sections réunies, peut demander que l'affaire soit jugée par la section du contentieux ou par l'assemblée plénière. Le décret du 31 juillet 1945 dispose, dans son article 40, que les rôles de chaque séance sont préparés par le commissaire « chargé de porter la parole ». Cette position est reprise textuellement par l'article 55 du décret du 30 juillet 1963.

(27) *J.O.*, 1963, 1^{er} août 1963, p. 7107.

(28) Voy. ordonnances des 12 mars 1831, 13 mai 1831, 18 septembre 1849, lois du 3 mars 1849 et du 24 mai 1872 ; loi de finances du 8 avril 1910 (article 96) ; décret du 31 mai 1910 ; loi du 1^{er} mars 1923 ; décret du 30 décembre 1926 ; ordonnance et décret du 31 juillet 1945 ; décret du 30 septembre 1953 ; décret du 28 novembre 1953 ; décret du 27 décembre 1956 ; décrets du 19 mai 1959 et du 30 juillet 1963 (deux décrets) et décret du 23 février 1972.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Le terme de ministère public est parfois employé pour désigner le commissaire du gouvernement. Malgré l'intention originelle qui était de créer auprès du Conseil d'État un véritable parquet, comme il en existait un devant les tribunaux judiciaires, l'organisation et le rôle du commissaire du gouvernement paraissent profondément différents de ceux du ministère public devant des juridictions judiciaires (29). Deux différences fondamentales subsistent entre le ministère public près des tribunaux judiciaires (qu'il participe à l'affaire en tant que partie principale ou en tant que partie jointe) et celui des tribunaux administratifs. Alors que le premier est hiérarchisé et subordonné au garde des Sceaux, aucune hiérarchie ne s'impose à l'égard du second. Le commissaire du gouvernement jouit d'une indépendance absolue. Au sein du Conseil d'État lui-même, les commissaires ne constituent pas un corps, et aucun lien hiérarchique n'existe entre eux. En outre, aucun lien hiérarchique n'existe entre les commissaires des tribunaux administratifs ou d'aucune autre juridiction relevant du Conseil d'État et les commissaires de ce dernier. À cette absence de hiérarchisation s'ajoute le principe de l'absolue indépendance dont jouit le commissaire du gouvernement. Il n'a d'ordre à recevoir de personne, il doit conclure selon son intime conviction et proposer une solution qui lui paraît correspondre au droit, sans se soucier de soutenir le point de vue d'aucune des parties ou celui du gouvernement. Des pressions sur le commissaire pour qu'il conclut dans un sens favorable à l'administration sont pratiquement inexistantes. Pour un exemple d'une telle pression, il faut remonter à 1852 quand Reverchon a été révoqué de ses fonctions de commissaire pour avoir refusé de soutenir la thèse gouvernementale dans l'affaire de la confiscation des biens d'Orléans (30).

Cette indépendance a été rappelée par le Conseil d'État dans l'affaire *Gervaise* en ces termes : « considérant que le commissaire du gouvernement près le Conseil du Contentieux n'est pas le représentant de l'administration... qu'il a pour mission d'exposer au Conseil les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de faits de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience le litige soumis à la juridiction » (31).

(29) Pour une comparaison avec le ministère public des tribunaux judiciaires, voy. ROLLAND, « Le ministère public en droit français », *J.C.P.*, 1956, doct., n^{os} 1271 et 1281.

(30) Voy. WRIGHT, « Le Conseil d'État et l'affaire de la confiscation des biens d'Orléans en 1852 », *E.D.C.E.*, 1968, pp. 231-249.

(31) C.E., 10 juillet 1957, *Sieur Gervaise, Lebon*, p. 466.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Le Conseil d'État, dans des termes presque identiques, a repris cette formule dans une affaire récente (32).

Outre ces deux différences majeures, on peut ajouter que le commissaire du gouvernement, contrairement au procureur général, n'a aucun rôle à jouer avant que l'action soit intentée, qu'il ne peut déclencher l'action en justice et ne peut engager un recours quelconque (33). Le commissaire conclut sur toutes les questions de l'affaire tandis que le ministère public partie jointe peut limiter son avis à un ou plusieurs points particuliers du litige.

B. – La fonction de commissaire du gouvernement

La nature et l'importance de la fonction exercée par le commissaire du gouvernement doivent être appréciées dans le contexte plus général de la procédure administrative contentieuse. On peut dire que le rôle du commissaire du gouvernement se présente sous un double aspect : l'un d'ordre technique et procédural, l'autre d'ordre scientifique et doctrinal.

S'agissant de l'aspect technique et procédural, il faut noter que le commissaire prépare le rôle de chaque séance et, depuis une pratique récente, rédige une liste contenant les principales questions posées à l'assemblée et à la section du contentieux pour les affaires qui seront jugées par ces formations. Le document est transmis aux membres de ces instances une semaine avant la séance du jugement. Ces fonctions peuvent être qualifiées d'ordre administratif interne. Mais le rôle technique et procédural joué par le commissaire du gouvernement se reflète également dans sa participation aux séances d'instruction conduites par la sous-section. Il prend part aux débats qui s'y déroulent, mais ne vote pas lors de l'adoption du rapport de la sous-section. Le dossier de l'affaire lui est transmis, il étudie toutes les pièces et élabore ses conclusions. Il est d'usage que, si les conclusions du commissaire diffèrent du rapport de la sous-section, le commissaire retourne à celle-ci afin d'exposer son désaccord. Une discussion s'engage entre les membres de la sous-section et le commissaire à la suite de laquelle, soit une identité de vues apparaît, soit le désaccord subsiste. L'affaire est alors inscrite par le commissaire au rôle d'une séance de jugement.

(32) C.E., 17 octobre 1973, *Sieur Cauffet*, req. n° 84443.

(33) C.E., 1^{er} mai 1931, *Élections d'adjoints au maire d'Alger, Lebon*, p. 460. Pour des cas exceptionnels où le commissaire du gouvernement peut être considéré comme partie à l'affaire, voy. C.E., 25 octobre 1963, *Sieur Lambert, Lebon*, p. 511 (il s'agissait de la Commission spéciale de réparation de l'indemnité des nationalisations roumaines), et aussi C.E., 18 mars 1964, *Sieur Klein, Lebon*, p. 997 (Commission régionale des dommages de guerre).

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Lors de l'audience publique, tout se passe comme si la séance était consacrée à la lecture des conclusions, lecture qui est, d'ailleurs, le seul élément public de la procédure (34). En effet, le rapporteur ne lit que les visas, et, puisque les plaidoiries orales sont exceptionnelles (35), le commissaire est invité par le président à lire ses conclusions. L'absence de conclusions constitue un vice de procédure (36), mais si le commissaire n'a pas conclu sur tous les moyens invoqués par le requérant, ce fait n'est pas de nature à entacher d'irrégularité la décision adoptée (37). Ici, le commissaire du gouvernement a un rôle de présentation (38). La formation de jugement, qu'elle soit les sous-sections réunies, la section du contentieux ou l'assemblée plénière, comprend des membres qui n'ont pas participé à l'instruction et qui ne connaissent point l'affaire.

Les conclusions du commissaire les informent des faits et circonstances de l'affaire, rappellent des cas analogues précédemment jugés par le Conseil d'État, évoquent l'existence des textes applicables à l'espèce et désignent toute règle de droit appropriée. Situer l'affaire dans l'ensemble des décisions rendues ou, pour reprendre l'expression du professeur Guillien « la recherche du classement du procès dans une catégorie juridique déterminée » (39), constitue le travail de base du commissaire. Il propose à la formation de jugement la solution qui lui paraît la plus conforme au droit. Rien ne peut y être ajouté et l'affaire est mise en délibéré (40). Les conclusions ne sont pas considérées comme faisant partie de l'instruction (41) et les parties ne peuvent pas répliquer au commissaire du gouvernement (42). Le commissaire est présent lors des délibérations des juges qui se déroulent immédiatement après l'audience publique. Il demande rarement la parole, il est invité parfois par le président à fournir des éclaircissements sur un ou plusieurs points de ses conclusions. Le commissaire ne vote pas pour l'adoption de l'arrêt.

Le rôle scientifique et doctrinal du commissaire du gouvernement est plus important et plus intéressant (43). Les auteurs remarquent que les

(34) J. RIVERO, *op. cit.*, p. 213.

(35) Dans le cas où les avocats décideraient de plaider oralement, ils ne peuvent que développer les arguments contenus dans les mémoires écrits.

(36) C.E., 5 mars 1868, *Donny, Lebon*, p. 253.

(37) C.E., 4 novembre 1960, *Sieur Faivre, Lebon*, p. 587.

(38) Voy. les remarques intéressantes de Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., 1972, pp. 234-235, sur ce qu'il appelle « conclusions d'application du droit », « conclusions d'information des juges » et « conclusions de formulation du droit ».

(39) R. GUILLIEN, *loc. cit.*, p. 289.

(40) Cependant, une « note en délibéré » peut être transmise par les avocats.

(41) C.E., 16 octobre 1957, *Commune de Challes-les-Eaux, Lebon*, p. 537.

(42) C.E., 28 octobre 1901, *Communauté des sœurs de la Visitation de Sainte-Marie-de-Bourg, Lebon*, p. 954.

(43) Voy., p. ex., J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, p. 177.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

conclusions ont un poids considérable dans l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État. La valeur des conclusions dérive du fait que les commissaires sont des juristes particulièrement qualifiés (44) qui, après avoir étudié le dossier de l'affaire, en vérifiant la jurisprudence existante et tous texte et règle de droit applicables, sont amenés à émettre une opinion particulièrement autorisée. C'est un véritable travail scientifique qui est fourni par le commissaire dans chaque affaire, et il s'ensuit que son analyse, son argumentation et la solution préconisée par lui prennent un poids important lors des délibérations (45).

Dans la littérature consacrée au commissaire du gouvernement, le problème de la nature juridique des conclusions est souvent négligé. Une diversité d'opinions existe chez les auteurs qui en parlent. Le conseiller Sauvel les caractérise comme étant « une sorte de note d'arrêt » rédigée à l'avance par le commissaire (46). M. Guillien les qualifie comme « une espèce de préjugement » ou encore comme « une décision du premier ressort immédiatement et automatiquement frappée d'appel pour la rédaction de l'arrêt » (47). Pour Jèze, les conclusions seraient des commentaires officiels des décisions du Conseil d'État puisqu'il désigne les commissaires comme étant des « commentateurs officiels des décisions du Conseil d'État » (48).

Ces tentatives de qualification juridique des conclusions ne paraissent pas juridiquement convaincantes (49). Les conclusions n'ont ni la forme ni l'autorité d'une décision juridique.

Le professeur Rivero explique l'importance de la forme : « La substance même du raisonnement, son déroulement, se trouvent dans une large mesure commandés par la forme dans laquelle il se coule.

(44) V. VEDEL, *Droit administratif*, Les cours de droit, *op. cit.*, p. 350.

(45) J. RIVERO, *op. cit.*, p. 213 ; BENOIT, *op. cit.*, p. 384 ; ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., Dalloz, 1957, p. 518 ; BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 12^e éd., 1930, p. 1104, note n° 1 ; BONNARD, *Précis de droit administratif*, 3^e éd., L.G.D.J., 1940, p. 169 ; DUEZ et DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, p. 236 ; G. VEDEL, *Droit administratif*, Les cours de droit, *op. cit.*, p. 350 ; DUPEYROUX, *loc. cit.*, p. 187. Pour un jugement plus nuancé, voy. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *op. cit.*, p. 187 ; R. ODENT, *op. cit.*, p. 962.

(46) SAUVEL, *loc. cit.*, p. 20.

(47) R. GUILLIEN, *loc. cit.*, pp. 288 et 289.

(48) JEZE, « Collaboration du Conseil d'État et de la doctrine dans l'élaboration du droit administratif français », in *Conseil d'État, Livre jubilaire*, pp. 348-349.

(49) Il est logiquement inconcevable de considérer que la nature juridique des conclusions change selon que le commissaire est « suivi » ou « battu », ce qui est implicite dans la conception de « note d'arrêt » et de « commentaire officiel ». Comment peut-on rédiger une note ou commenter un arrêt avant que la décision ne soit rendue ? Même dans le cas où le Conseil d'État adopterait la solution préconisée par son commissaire, il peut y avoir des divergences dans le raisonnement. En outre, quand le commissaire n'est pas suivi, la solution du Conseil n'est pas toujours diamétralement opposée à celle proposée par le commissaire et, donc, même un raisonnement *a contrario* n'est pas toujours utile.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

L'attendu à la française impose une certaine concision dans le développement, et surtout, l'articulation de la démarche intellectuelle dont les pas successifs deviennent plus visibles ; l'unité de chaque attendu appelle l'unité de la pensée qui s'y coule » (50). En effet, sous cet angle de technique juridictionnelle, les conclusions se présentent comme une dissertation juridique plutôt que comme un arrêt.

Mais, plus important encore, est le fait que les conclusions n'ont aucune valeur formelle, aucune autorité en droit, et que la formation de jugement n'est pas liée par les conclusions.

Les conclusions présentent, certes, des traits que l'on pourrait qualifier de *sui generis*, mais on peut les définir comme étant des avis juridiques. Il semblerait que la terminologie employée par L. Rolland va dans ce sens quand il écrit que « les commissaires du gouvernement sont des jurisconsultes dans toute la force du terme » (51). On rencontre une idée similaire chez M. G. Vedel lorsqu'il écrit que le commissaire du gouvernement « se borne à conclure, c'est-à-dire à présenter au fond une consultation doctrinale au Conseil d'État » (52).

II. – L'AVOCAT GÉNÉRAL PRÈS LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

La méthode employée pour l'examen du commissaire du gouvernement sera suivie ici. Il s'agit d'analyser le statut et la fonction de l'avocat général (53).

A. – Le statut de l'avocat général

L'institution de l'avocat général a été incorporée dans la structure de la Cour de justice de la CECA à l'initiative de la délégation française (54). En raison de la rédaction hâtive du traité signé à Paris le 18 avril 1951,

(50) J. RIVERO, article précité, *Ann. fr. dr. intern.*, 1958, p. 298.

(51) ROLLAND, *op. cit.*, p. 318.

(52) G. VEDEL, *Droit administratif*, Les cours de droit, *op. cit.*, p. 350 ; voy., aussi, DUPEYROUX, *loc. cit.*, p. 187 ; HAURIU, *Précis de droit administratif et droit public*, 2^e éd., Sirey, 1933, p. 485, note n° 21.

(53) Le seul article consacré à l'avocat général est, à notre connaissance, celui de CARRILLO SALCEDO, intitulé « La figura del abogado general en las Comunidades Supranacionales Europeas : naturaleza jurídica y foncion », paru in *Revista española de derecho internacional*, 1959 (vol. 12), pp. 119-129. Nous tenons à remercier M. l'avocat général WARNER pour le texte de sa conférence sur le rôle de l'avocat général, donnée le 23 août 1974 à l'Europa Institut, Amsterdam, publié par la suite sous le titre : « The role of the Advocate-General – Light on a mystery », *Journal of the Law Society in Scotland*, 1975, pp. 47-50.

(54) Voy., *supra*, note n° 10.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

l'avocat général n'a été mentionné que dans le Protocole sur le Statut de la Cour, signé le même jour et annexé au traité. Le règlement de procédure de la Cour CECA a précisé les fonctions remplies par l'avocat général (55). Les Traités de Rome prévoient dans leurs textes originaux l'institution de l'avocat général pour leurs cours de justice respectives. En effet, les articles 166 du Traité CEE et 138 du Traité CEEA, en des termes identiques, déterminent le nombre et définissent la fonction de l'avocat général. La Convention relative à certaines institutions communes aux Communautés européennes(56) a créé, on le sait, une Cour de justice unique pour les trois Communautés. L'article 4 de cette Convention a abrogé l'article 32 du Traité de Paris, l'a remplacé par un article 32 nouveau et a déclaré abrogées toutes dispositions contraires contenues dans le Statut de la Cour CECA. C'était en vertu de cet article que l'avocat général a fait son apparition dans le texte même du Traité de Paris. L'on pouvait se demander pour quels motifs les rédacteurs du traité ont-ils décidé de créer l'institution d'avocat général, institution inconnue des juridictions internationales et qui ne se rencontre sous une forme analogue que dans un seul État membre. Puisque le principe du secret du délibéré a été adopté, l'institution de l'avocat général a été conçue comme une sorte de contrepartie à l'interdiction du droit pour les juges de faire connaître leur opinion dissidente ou individuelle (57). « Que les conclusions soient conformes ou contraires à la solution adoptée, celle-ci se trouve éclairée et même confortée ; que ce soit par analogie ou par opposition » (58). À cette considération s'en ajoutaient deux autres : d'une part, l'espoir que l'avocat général aurait sur le plan du droit communautaire les mêmes effets bienfaisants que produisait le commissaire du gouvernement pour le droit administratif français, et, d'autre part, l'importance des conclusions claires et structurées, présentant à la fois un effort d'analyse et de synthèse, pour assister et faciliter le travail des juges (59). En effet, cette dernière considération semble avoir une grande signification. Devant les diversités de présentation et les inégalités de qualité des plaidoiries, dues aux formations juridiques différentes, le rôle de l'avocat général revêt une importance capitale. Au terme d'une longue procédure écrite et orale,

(55) Règlement de procédure de la Cour CECA, adopté le 4 mars 1953 et publié au *J.O. CECA* du 7 mars 1953, p. 37.

(56) Convention signée à Rome le 25 mars 1953, p. 37.

(57) V. LAGRANGE, « L'organisation, le fonctionnement et le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Bulletin de l'Association des juristes européens*, 1963, n^{os} 13-14, pp. 12-13. M. LAGRANGE a plus longuement insisté sur ce point dans son allocution prononcée à l'audience solennelle du 8 octobre 1964, Publication de la Cour de justice, pp. 33-34.

(58) LAGRANGE, allocution prononcée, *ibid.*, p. 34. Cependant, voy. note n^o 49 *supra*.

(59) *Ibid.*, pp. 33-34.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

une solution conforme au droit est proposée par l'avocat général, après avoir discuté les arguments des parties à la lumière de la jurisprudence et, en cas de besoin, en se référant aux droits nationaux et aux principes du droit international.

Un certain nombre de dispositions figurant dans différents textes régissent la fonction de l'avocat général et réglementent son statut. Aux dispositions des trois traités constitutifs, des protocoles sur la Cour de justice et de la Convention relative à certaines institutions communes, s'ajoutent principalement le règlement de procédure de la Cour (60), le règlement additionnel (61), les instructions au greffier (62), le traité d'adhésion (63), le protocole sur les privilèges et immunités (64), la décision du Conseil, dite d'adaptation (65), et la décision relative à l'augmentation du nombre des avocats généraux (66). De nombreuses dispositions sont communes aux juges et aux avocats généraux. Il existe aujourd'hui quatre avocats généraux (67) nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres. Des conditions d'indépendance et d'intégrité sont précisées. L'article 167 du Traité CEE dispose que « les juges et les avocats généraux sont choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leur pays respectif des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires... ». On remarquera que les avocats généraux et les juges peuvent être choisis parmi les ressortissants des pays non membres, puisqu'aucune condition de nationalité n'est énoncée. Pour des raisons évidentes, cette éventualité semble exclue.

(60) Règlement adopté le 3 mars 1959, *J.O.C.E.*, 1959, p. 350, modifié le 11 novembre 1959, *J.O.C.E.*, 1960, p. 13, abrogé par le nouveau règlement de procédure, *J.O.C.E.*, 28 décembre 1974, n° 1350.

(61) Règlement adopté le 9 mars 1962, *J.O.C.E.*, 1962, p. 1113.

(62) Adoptées le 23 juin 1960, *J.O.C.E.*, 1960, p. 1417, modifiées le 6 avril 1962, *J.O.C.E.*, 1962, p. 1115, et le 13 juillet 1965, *J.O.C.E.*, 1965, p. 2143.

(63) Traité signé à Bruxelles le 22 janvier 1972, *J.O.C.E.*, 1972, n° L 73.

(64) Protocole signé le 17 avril 1957 et annexé au Traité CEE, abrogé par l'article 28 du Traité instituant un Conseil unique et une Commission unique des Communautés européennes, *J.O.C.E.*, 1967, n° 152, p. 2, remplacé par le Protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, signé à Bruxelles le 8 avril 1965, *J.O.C.E.*, 1967, n° 152, p. 13.

(65) Décision adoptée le 1^{er} janvier 1973, *J.O.C.E.*, 1973, n° L 2, p. 1.

(66) Décision du Conseil du 1^{er} janvier 1973, *J.O.C.E.*, 1973, n° L 2, p. 29.

(67) Jusqu'en janvier 1973, il y avait deux avocats généraux. L'article 18 du traité d'adhésion a porté leur nombre à trois. Une déclaration commune annexée à ce traité prévoyait que le Conseil, à la demande de la Cour, pourrait porter à quatre le nombre des avocats généraux. On pouvait se questionner sur l'utilité de cette déclaration, puisque le Conseil avait cette faculté en vertu des articles 32*bis*, alinéa 3, du Traité CECA, 166, alinéa 3, du Traité CEE et 138, alinéa 3, du Traité CEEA. La Cour, par sa lettre du 23 novembre 1972, a demandé au Conseil d'augmenter jusqu'à quatre le nombre des avocats généraux, ce que le Conseil a fait par sa décision du 1^{er} janvier 1973 précitée.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

Lors de son entrée en fonction, l'avocat général prête un serment par lequel il s'engage à exercer sa fonction en pleine impartialité et en toute conscience et à ne rien divulguer du secret des délibérations (68). Une déclaration solennelle est également signée par l'avocat général, par laquelle il prend l'engagement de respecter, pendant la durée de sa fonction et après la cessation de celle-ci, les obligations découlant de sa charge (69).

Plusieurs incompatibilités sont prévues. Notamment, l'avocat général ne peut exercer aucune fonction politique ou administrative rémunérée ou non. Par dérogation, le Conseil peut exceptionnellement lui accorder l'autorisation d'exercer des activités professionnelles (70). La nomination est pour six ans et elle est renouvelable. Un renouvellement partiel a lieu tous les trois ans pour deux avocats généraux. En cas de démission, l'avocat général doit notifier sa décision au président de la Cour afin que celui-ci la transmette au président du Conseil. C'est cette dernière notification qui emporte la vacance du siège (71). Pour la révocation de l'avocat général, il existe une différence entre le Traité de Paris, d'une part, et les Traités de Rome, d'autre part. Tandis que, dans le premier cas, la décision de révocation est prise par le Conseil statuant à l'unanimité après avis de la Cour (72), dans le second, elle est adoptée par la Cour elle-même, par un jugement unanime des juges et des autres avocats généraux, l'intéressé ne participant pas à ces délibérations (73). Il est souhaitable que ces différences dues à des facteurs d'ordre historique soient éliminées. L'avocat général nommé en remplacement achève le mandat de son prédécesseur (74). Les avocats généraux, à l'instar des juges et du greffier, sont tenus de résider au siège de la Cour (75).

Des privilèges et immunités sont prévus pour les avocats généraux. Notamment, ils jouissent de l'immunité de juridiction sur les territoires de tous les États membres pendant l'exercice et après la cessation de leurs

(68) Le texte du serment figure dans l'article 3, alinéa 1^{er}, du règlement de procédure. On peut se questionner sur l'opportunité de l'engagement pris par l'avocat général de ne rien divulguer du secret des délibérations, puisqu'il ne participe pas aux délibérations des juges. Le paragraphe 2 de l'article 3 de l'ancien règlement suivant lequel le serment pouvait être prêté dans les formes prévues par la législation nationale du juge ou de l'avocat général a été supprimé par le nouveau règlement.

(69) Article 3, paragraphe 2, de l'ancien règlement ; article 3, paragraphe 2, du nouveau règlement.

(70) Dans le Statut CECA, en son article 4, alinéa 2, il est prévu que la décision est prise par le Conseil statuant à la majorité des deux tiers, tandis que, dans le Statut CEE, l'article 4, alinéa 2, dispose que l'autorisation est accordée par le Conseil sans préciser la majorité requise.

(71) Article 5, alinéa 2, du Statut CEE et article 6, alinéa 2, du Statut CECA.

(72) Article 13, alinéa 2, du Statut CECA (pour la révocation d'un juge, la décision des autres juges est requise par l'article 7 du Statut sans les avocats généraux).

(73) Article 6, alinéa 1^{er}, du Statut CEE et Euratom.

(74) Article 8 du Statut CECA et article 7 du Statut CEE.

(75) Article 13 du Statut CEE et article 9 du Statut CECA.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

fonctions, pour les actes accomplis par eux en leur qualité officielle (76). Ils bénéficient d'autres avantages, principalement, ils sont exempts, ainsi que leurs familles, des impôts nationaux sur les traitements et les salaires ainsi que des formalités d'enregistrement des étrangers (77).

L'article 8 du Protocole sur les privilèges et immunités dispose que l'institution communautaire est tenue de lever l'immunité dans le cas où elle estimerait que la levée de cette immunité n'est pas contraire aux intérêts des Communautés. L'immunité des juges et des avocats généraux peut être levée par la Cour siégeant en séance plénière. Le juge ou l'avocat général dont l'immunité a été levée est justiciable dans chacun des États membres de l'instance compétente pour juger les magistrats appartenant à la plus haute juridiction nationale (78). D'après le traité de fusion (79), il revenait au Conseil statuant à la majorité qualifiée de fixer les traitements, indemnités et pensions des membres de la Cour de justice. Le régime pécuniaire établi pour les avocats généraux est identique à celui des juges (80).

Les juges et les avocats généraux peuvent être déchus de leur droit à pension par un jugement unanime des juges et des avocats généraux – l'intéressé ne participe pas à ces délibérations (81). La décision de déclarer l'avocat général déchu de son droit à pension, comme celle de sa révocation, ne peut être prise que si l'intéressé a cessé de répondre aux conditions requises ou de satisfaire aux obligations découlant de sa charge, après observations présentées par l'intéressé en chambre du Conseil hors de la présence du greffier (82).

Le nouveau règlement de procédure rapproche davantage le statut des avocats généraux et celui des juges. Jusqu'ici, les avocats généraux avaient été mentionnés dans un chapitre distinct (83), tandis que, dans le nouveau texte, ils font l'objet du chapitre premier du premier titre qui est intitulé « Des juges et avocats généraux ». En outre, les avocats généraux qui prenaient rang après les juges (84) prennent rang dorénavant

(76) Article 12 du Protocole sur les privilèges et immunités, article 3, alinéa 1^{er}, du Statut de la Cour CEE et Euratom et article 3, alinéa 1^{er}, du Statut de la Cour CECA.

(77) Articles 12-15 du Protocole précité.

(78) Article 3 du Statut CEE (on peut tirer de cette disposition l'exigence que les juges et les avocats généraux soient des nationaux des États membres. Voy., *supra*, p. 15).

(79) Traité signé à Bruxelles le 18 avril 1965, *J.O.C.E.*, 1967, p. 2, article 6.

(80) Le régime pécuniaire des juges et des avocats généraux est actuellement régi par les règlements suivants : n° 422/67, *J.O.C.E.*, n° 187, 8 août 1967, p. 1 ; n° 721/70, *J.O.C.E.*, n° L 89, 23 avril 1970, p. 2 ; n° 2163/70, *J.O.C.E.*, n° L 238, 29 octobre 1970, p. 1 ; n° 723/71, *J.O.C.E.*, n° L 80, 5 avril 1971, p. 1 ; n° 1546/73, *J.O.C.E.*, n° L 155, 11 juin 1973, p. 8.

(81) Article 6, alinéa 1^{er}, du Statut CEE.

(82) Article 5 de l'ancien règlement de procédure ; article 4 du nouveau règlement.

(83) Cependant, l'article 8 de l'ancien règlement prévoyait que certains articles du chapitre premier consacré aux juges s'appliquaient aux avocats généraux.

(84) Article 9 de l'ancien règlement.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

avec les juges d'après l'ancienneté de fonction (85). En plus, le nouveau règlement prévoit qu'un premier avocat général est désigné par la Cour chaque année (86). Les fonctions de celui-ci ne sont pas précisées et l'on peut estimer qu'il aurait des fonctions de représentation et de coordination de l'activité des avocats généraux.

B. – La fonction de l'avocat général

La Cour est constituée en deux chambres, auxquelles sont affectés les juges et les avocats généraux (87). Une requête adressée à la Cour est communiquée par le greffier à tous les membres de la Cour. Le président attribue l'affaire à une chambre en vue des mesures d'instructions éventuelles et désigne en son sein le juge-rapporteur et l'avocat général (88). L'ancien règlement de procédure prévoyait que, sur proposition conjointe des avocats généraux ou en cas d'empêchement d'un avocat général quand il y avait urgence, le président pouvait désigner, pour une affaire déterminée, l'avocat général affecté à l'autre chambre (89). Cette disposition ne figure pas dans le nouveau règlement, puisqu'il y a maintenant deux avocats généraux par chambre. Mais, si les deux avocats généraux de la chambre à laquelle l'affaire a été attribuée sont empêchés, en cas d'interdiction frappant les deux avocats généraux de cette chambre (90), quand le président estime qu'un avocat général ne doit pas conclure dans une affaire déterminée, ou, enfin, à la demande de l'avocat général (91), le président peut attribuer l'affaire à un avocat général de l'autre chambre.

Il est prévu qu'à l'instar des juges, l'avocat général peut poser des questions aux agents, conseils ou avocats des parties au cours de la procédure orale (92), qu'il peut citer des témoins (93) et leur poser des questions (94).

(85) L'article 6 du nouveau règlement est ainsi libellé : « Les juges et avocats généraux prennent rang indistinctement d'après leur ancienneté de fonction. À l'ancienneté de fonction égale, l'âge détermine le rang. Les juges et avocats généraux sortants qui sont nommés de nouveau conservent leur rang antérieur ».

(86) Article 10 du nouveau règlement. Il faut remarquer que le premier avocat général est nommé pour un an par la Cour, c'est-à-dire par les juges et les avocats généraux, par un scrutin secret prévu à l'article 7 du nouveau règlement. Le président de la Cour est nommé pour trois ans par les juges seuls (article 7, paragraphe 1^{er}, du nouveau règlement).

(87) Article 9, paragraphe 1^{er}, du nouveau règlement.

(88) Article 9, paragraphe 2, du nouveau règlement.

(89) Article 10, paragraphe 1^{er}, de l'ancien règlement.

(90) Les cas d'interdiction sont prévus par l'article 16, alinéa 1^{er}, du Statut CEE.

(91) Article 16, alinéa 2, du Statut CEE.

(92) Article 57 du règlement de procédure.

(93) Article 47, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du règlement de procédure.

(94) Article 47, paragraphe 4, du règlement de procédure.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

La fonction principale de l'avocat général est définie par le traité : « l'avocat général a pour rôle de présenter publiquement en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de Justice, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission... » (95). Ces conclusions sont orales (96), mais, en fait, elles sont rédigées et distribuées par l'avocat général, soit avant, soit après la lecture à l'audience publique. Les conclusions sont publiées en même temps que les arrêts dans le *Recueil de la jurisprudence de la Cour* dans toutes les langues officielles de la Communauté (97). Les conclusions sont le dernier élément de la procédure orale après lequel le président prononce la clôture de cette procédure (98), et l'affaire est alors mise en délibéré, auquel l'avocat général ne participe pas.

Outre les conclusions, l'avocat général a un certain nombre de fonctions administratives et consultatives. Les quatre avocats généraux participent à la session administrative de la Cour avec voix délibérative (99). Ils décident avec les juges sur la nomination et la destitution du greffier (100). Les avis des quatre avocats généraux sont requis dans le cas où la Cour est appelée à donner un avis sur les accords internationaux prévus à l'article 228 du Traité CEE (101) et pour la petite révision du Traité CECA (102).

Pour de nombreuses questions procédurales, l'avocat général à qui l'affaire a été attribuée doit donner son avis. Notamment, quand la Cour doit rendre un arrêt par défaut (103), en cas de référé déferé à la Cour (104), pour l'ordonnance concernant l'assistance judiciaire gratuite (105), pour la décision de la Cour sur la nécessité d'ouvrir une instruction (106), pour l'ordonnance fixant ces mesures (107) et pour les mesures d'instruction qui peuvent être décidées par la Cour à tout moment (108). L'avis de l'avocat général est demandé également pour une décision de la Cour concernant

(95) Article 166 Traité CEE ; article 138 Traité CEEA et article 32 Traité CECA.

(96) Article 59, paragraphe 1^{er}, du nouveau règlement de procédure.

(97) Instructions au greffier, article 24.

(98) Article 59, paragraphe 2, du nouveau règlement.

(99) Article 27, paragraphe 7, du nouveau règlement.

(100) Article 12, paragraphes 1^{er} et 6, du nouveau règlement.

(101) Article 107 du nouveau règlement de procédure, qui renvoie à l'article 108.

(102) Article 109 du nouveau règlement, qui renvoie à l'article 108, paragraphe 2.

(103) Article 94, paragraphe 2, du nouveau règlement.

(104) Article 85, alinéa 3, du règlement de procédure.

(105) Article 76, paragraphe 3, du règlement.

(106) Article 44, paragraphe 1^{er}, du règlement.

(107) Article 45, paragraphe 1^{er}, du règlement.

(108) L'ancien texte prévoyait que la Cour prenait cette décision, le nouveau règlement, en son article 60, dispose expressément : « l'avocat général entendu ».

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

l'irrecevabilité formelle d'une requête non régularisée (109), pour une décision ordonnant la jonction des affaires (110), pour l'ordonnance sur l'exclusion de la procédure du conseil ou de l'avocat dont le comportement est incompatible avec la dignité de la Cour (111), pour la décision ordonnant la vérification de certains faits par témoins (112), ainsi que pour l'ordonnance de la Cour sur l'admission d'une requête en intervention (113). « L'avocat général entendu » est aussi prévu pour l'autorisation accordée à une partie d'employer une autre langue officielle comme langue de procédure (114), avant que le président ait imparti un délai pour répondre à un moyen nouveau soulevé par une partie au cours de la procédure écrite (115), pour la décision sur la réouverture éventuelle de la procédure orale (116) en cas de fixation par la Cour de dépenses récupérables (117), pour l'interprétation d'un arrêt (118), ainsi que pour la décision de la Cour sur la recevabilité et le bien-fondé d'une requête prétendant que la Cour avait omis de statuer sur des moyens soulevés par une partie (119). Enfin, l'avis de l'avocat général est donné sur la recevabilité d'une demande en révision d'un arrêt (120), pour la rectification des erreurs par la Cour (121), pour le remboursement des frais à la Cour (122) et pour la décision de poursuite en cas de faux témoignage et de fausse déclaration d'expertise (123).

Mais ce sont les conclusions qui présentent l'intérêt majeur dans la fonction exercée par l'avocat général. Concernant la nature juridique de ces conclusions, ce que nous avons dit par rapport au commissaire du gouvernement peut être repris ici. Les conclusions de l'avocat général n'ont ni la forme ni l'autorité d'un arrêt. Elles peuvent être caractérisées comme des dissertations doctrinales, des avis juridiques obligatoirement donnés tout en ne liant pas la Cour. Celle-ci reste libre de les adopter ou de les rejeter, totalement ou en partie (124).

(109) Article 38, paragraphe 7, du règlement.

(110) Article 43 du règlement.

(111) Article 35, paragraphe 1^{er}, du règlement.

(112) Article 47, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, du règlement.

(113) Article 93, paragraphe 3, du règlement.

(114) Article 29, paragraphe 2, du règlement.

(115) Article 42, paragraphe 2, du règlement.

(116) Dans l'ancien article 61 du règlement, il était prévu que c'est la Cour qui en décide. L'article 61 du nouveau règlement précise : « l'avocat général entendu ».

(117) Article 74, paragraphe 1^{er}, du règlement.

(118) Article 102, paragraphe 2, du règlement.

(119) Article 67, alinéa 2, du règlement.

(120) Article 100, paragraphe 1^{er}, du règlement.

(121) Article 66, paragraphe 3, du règlement.

(122) Article 72 du règlement.

(123) Article 6 du règlement additionnel.

(124) Il revenait, en effet, à la *Finanzgericht de Hambourg* d'affirmer que « l'interprétation des arrêts de la Cour (C.J.C.E.) ne peut être fondée sur le contenu des conclusions des avocats ».

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

L'importance et la signification de la fonction de l'avocat général ont été exprimées, mieux que par quiconque, par le président Lecourt lors de l'audience solennelle à l'occasion du départ de M. Roemer : « Insérer entre le débat judiciaire et le délibéré du juge une étape personnelle d'étude, de réflexion, de conception et de dialectique, apte à faciliter la décision, et, par-delà, à éclairer la doctrine... » (125). S'adressant à M. Roemer, le président Lecourt a bien souligné que, « pour avoir une idée vraie du rôle des conclusions, c'est au délibéré qu'il faut avoir accès. On y découvrirait l'intérêt de cet ultime répit entre le débat de l'audience et la méditation du juge et l'utile décantation du conflit judiciaire qui en résulte. On y apprécierait qu'une voix autorisée et libre, s'élevant au-dessus des parties, ait pu analyser avec le recul nécessaire l'argumentation de chacune et pris le risque de porter sur le litige un premier jugement. On y relèverait, enfin, l'importance de cette tension de l'esprit que provoque, en chaque juge, des orientations qui alimenteront les éventuelles confrontations du délibéré, en l'absence de votre personne, mais non dans le silence de votre voix » (126).

* *
*

Au terme de cette étude qui n'a d'autre but que de présenter deux institutions similaires, on peut noter un certain nombre de différences entre elles.

La plus importante semble être l'absence de l'avocat général lors de la délibération des juges, tandis que le commissaire du gouvernement a le droit d'y assister. En outre, on peut mentionner le fait que l'avocat général donne son avis « sur les affaires soumises à la Cour », expression qui englobe la procédure préjudicielle, tandis que le commissaire du gouvernement ne conclut que sur les affaires contentieuses. Pour la préparation des conclusions, on peut noter que le commissaire du gouvernement dispose d'un dossier complet contenant l'avis de la sous-section d'instruction (exprimé par le rapport du juge-rapporteur) alors que l'opinion du juge-rapporteur à la Cour de Luxembourg reste inconnue de l'avocat général. Concernant la publication des conclusions, on peut remarquer que celles de l'avocat général sont publiées au même

généraux, mais exclusivement sur les textes des décisions de la Cour » (décision du IV Sénat, IVa 39/66 [N (IV)] du 5 avril 1971, *Répertoire de la jurisprudence européenne*, 1971, n° 4565).

(125) *Allocution prononcée par M. le Président Robert Lecourt lors de l'audience solennelle du 9 octobre 1973 à l'occasion du départ de M. l'avocat général K. Roemer*, Publication de la Cour de justice, 1973, p. 5.

(126) *Ibid.*, p. 6.

LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT

titre que les arrêts de la Cour, contrairement à celles du commissaire du gouvernement qui sont la propriété personnelle de leur auteur et ne sont publiées qu'avec l'autorisation de celui-ci.

Ces différences mineures n'affectent en rien l'idée de base qui semble être commune aux deux institutions, celle de « faire examiner et réexaminer une même affaire par plusieurs » (127). Une étude des conclusions reste à faire aussi bien en droit administratif français qu'en droit communautaire. Cette étude permettrait de mieux comprendre les décisions rendues et d'apprécier la valeur et la signification d'une phase de la procédure, dépourvue d'effet obligatoire, mais néanmoins devenue essentielle à l'élaboration de la décision et au développement du droit.

(127) Cette affirmation de SAUVEL, *loc. cit.*, p. 19, s'applique, croyons-nous, au même titre à l'avocat général et au commissaire du gouvernement.

- 2 -

**HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER***

C'est à Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, le juriste, tout spécialement le juriste européen, qu'un hommage est ici rendu.

À travers la lecture de ses conclusions, présentées en sa qualité d'avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne, et aussi de ses autres écrits, apparaissent ses qualités hors du commun, connues de tous ceux qui avaient le privilège de le connaître et le bonheur de le fréquenter.

Dámaso était profondément convaincu que les disciplines humaines et artistiques exercent une sorte de fertilisation réciproque les unes des autres, que leur connaissance permet une meilleure compréhension de l'être humain et que le droit et les juristes ne pouvaient qu'en bénéficier.

Aussi, dans son discours à l'occasion de la remise des insignes de la Légion d'honneur, a-t-il rappelé que Kant a démontré le rapport entre l'esthétique et la philosophie, que Freud a insisté aussi sur la psychanalyse de l'art et que l'anthropologue bulgare Todorov exprimait l'avis que la littérature nous apprend quelque chose d'essentiel sur la condition humaine. Et Dámaso a alors, de façon rhétorique, demandé : « Pourquoi ne serait-il pas raisonnable d'ajouter ce monde de l'art et de la culture au droit, à la jurisprudence ? ». Pour ces raisons, a-t-il expliqué, il a inclus, dans ses conclusions, des références à la littérature, à la peinture, à la musique, à la sculpture et à l'histoire, dans l'espoir, a-t-il admis, « qu'elles renforcent la motivation juridique et ne perturbent pas trop les esprits, quelquefois un peu restreints, des juristes ».

Si de multiples citations reprises des œuvres littéraires et philosophiques et des références à l'histoire et à l'art parsèment ses écrits et conclusions, elles témoignent, aussi, de ce que, je crois, dans son arrière-pensée, Dámaso espérait éveiller l'intérêt de ses lecteurs, provoquer leur curiosité, élargir leurs horizons et les attirer vers des disciplines dépassant l'austérité naturelle du monde confiné au droit.

* Allocution prononcée à Madrid le 21 avril 2010 devant le Conseil général du pouvoir judiciaire espagnol. La version espagnole de ce texte a été publiée en introduction de l'ouvrage de DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, *La justicia de la Unión europea*, Civitas & Thomson Reuters, 2011.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

Par exemple, il a retracé l'historique des appellations d'origine, en partant de la construction, avec des « cèdres du Liban », du Temple de Salomon à Jérusalem, à travers l'Antiquité, quand Hérodote, Aristote et Platon se référaient au bronze de Corinthe, au marbre de Phrygie et de Paros et à la poterie d'Athènes, le Moyen Âge et le XIX^e siècle, quand on parle du savon de Marseille et de l'acier de Westphalie, il parvient, comment pouvait-il en être autrement, à Cervantès qui, dans *Don Quichotte*, parle des fuseaux de Guadarrama, des pois de Martos, du veau de Sorrente et des perdrix de Moron. Il n'a pas manqué de rappeler que Marcel Proust mentionnait la robe en crêpe de chine de la duchesse de Guermantes et le vin de porto. Toute cette toile de fond pour permettre à Dámaso de soutenir que la désignation « feta » devait être assimilée à une appellation d'origine méritant une protection sur l'ensemble du territoire communautaire, non sans avoir rappelé des passages de *l'Odyssée* et de *l'Illiade* qui témoignent de l'importance du fromage dans la Grèce antique (1).

Ramener l'art à une dimension exclusivement mercantile lui était foncièrement inacceptable. Dans une affaire dans laquelle était posée la question d'une possible confusion entre la marque verbale « Picasso » et celle de « Picaro » (terme, Dámaso nous l'enseigne, qui apparaît pour la première fois au XVI^e siècle dans la farce de Bartolomé Palau, intitulée *Custodia del hombre*), toutes deux pour désigner des modèles de véhicules automobiles, Dámaso ne pouvait que déplorer le fait que le nom de Pablo Ruiz Picasso fût impliqué dans une banale affaire judiciaire, sans rapport avec ses œuvres. Tout en rejetant l'objection de la famille Picasso, il n'en a pas moins exprimé sa tristesse que, dans ses propres mots, « le mythe le plus marquant du XX^e siècle, patrimoine de l'humanité, est réduit à un objet commercial, à une marchandise... », et a lancé une sorte d'avertissement que « l'utilisation démesurée [du nom de Picasso] à des fins mercantiles, hors des domaines dans lesquels il a acquis son prestige, pourrait compromettre le respect dû à l'extraordinaire personnalité de cet homme ». Ayant, dans d'autres circonstances, rappelé qu'en Angleterre, la jeune génération place des footballeurs en tête de la liste des trésors nationaux, devançant William Shakespeare et Charles Darwin, Dámaso craignait que « Picasso ne soit devenu qu'une marque de voiture », et a souligné qu'« il y a un certain intérêt général, au titre du patrimoine culturel universel, à préserver les noms de grands artistes de l'insatiable cupidité mercantile afin

(1) Aff. jtes C-465/02 et C-466/02, *République fédérale d'Allemagne et Royaume de Danemark c. Commission*, Rec., 2005, p. I-9115.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

d'éviter de porter atteinte à leurs œuvres en les banalisant ». Aussi, a-t-il dit, « il est triste d'imaginer que le consommateur..., qui ne relie déjà plus des noms comme Opel, Renault, Ford ou Porche aux illustres ingénieurs qui ont donné leur patronyme à leurs produits, puisse faire de même avec le nom de Picasso... » (2).

Toujours dans la sphère du droit des marques, matière dans laquelle il a acquis une incontestable expertise, après avoir évoqué, notamment, Platon, Aristote, Hegel et Kant et avoir cité le poème *Le parfum* de Charles Baudelaire et le livre de Patrick Süskind, intitulé *Le Parfum, Histoire d'un meurtrier*, et avoir précédemment rejeté la possibilité d'enregistrer des odeurs comme des marques, en raison, notamment, de leur inaptitude à faire l'objet de représentation graphique adéquate (3), Dámaso a proposé de permettre l'enregistrement des signes sonores comme marques. Il a expliqué que « la capacité identificatrice des sons et, en particulier, de la musique, découle de leur intensité évocatrice, qui les convertit dans un langage spécifique ». Il ne résistait pas à la tentation de citer Marcel Proust qui, dans un passage de *À la recherche du temps perdu*, s'est demandé « si la musique [n'est] pas l'exemple unique de ce qu'aurait pu être – s'il n'y avait pas eu l'invention du langage, la formation des mots, l'analyse des idées – la communication des âmes » (4).

Dans une affaire soulevant des questions d'importation parallèle des marchandises de contrefaçon, Dámaso évoque les diverses acceptions du mot « pirate » et nous enseigne que l'image de cet archétype – jambe en bois, crochet en guise de main, barbe hirsute et bandeau sur l'œil – a été transmise depuis le romantisme du XIX^e siècle, en rappelant que, dans *La Femme de trente ans*, Balzac a inclus une trame de piraterie pour amplifier le caractère dramatique des tracas de M^{me} d'Aiglemont. Quand le substantif « pirate » est utilisé comme adjectif, pour désigner l'absence d'authenticité d'une marchandise ou son introduction sur un marché par des voies douteuses, Dámaso nous dit qu'avec un peu d'imagination, les entreprises dédiées au commerce parallèle pourraient être comparées aux pirates et celles qui défendent leurs droits de propriété intellectuelle aux corsaires (5).

À propos d'un litige entre deux entreprises concurrentes, concernant l'étendue du droit exclusif d'une marque figurative apposée sur des vêtements de sport, Dámaso a remarqué que, « dans le monde de la

(2) Aff. C-361/04 P, *Claude Ruiz-Picasso e.a. c. OHMI, Rec.*, 2006, p. I-643.

(3) Aff. C-273/00, *Procédure engagée par Ralf Sieckmann, Rec.*, 2002, p. I-11737.

(4) Aff. C-283/01, *Shield Mark BV c. Joost Kist h.o.d.n. Memex, Rec.* 2003, p. I-14313.

(5) Aff. C-132/07, *Beecham Group plc e.a. c. Andacon NV, Rec.*, 2009, p. I-1775.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

compétition de haut niveau, le triomphe des vedettes soutenues, à l'évidence au moyen de sommes importantes, par les fabricants de maillots et de chaussures de sport leur procure la meilleure des publicités ». Il n'a pas pu s'empêcher de rappeler, avec une dose de douce malice, qu'« il existe des coureurs qui ont couvert même de grandes distances pieds nus, à l'instar de l'Éthiopien Abebe Bikila » qui, « pieds nus... a remporté la médaille d'or de l'épreuve du marathon aux jeux Olympiques d'été de Rome, ainsi que, en portant cette fois-ci des chaussures appropriées, à ceux de Tokyo en 1964. On ne sait », a-t-il ajouté, « si le fait de courir pieds nus était destiné à aller plus vite ou à attirer l'attention sur la pauvreté de son continent d'origine, lui qui a été le premier champion africain de l'histoire des olympiades de l'ère moderne. D'autres sportifs héroïques ont égalé ses prouesses et, aujourd'hui encore, certains athlètes abyssins, comme Haile Gebreselassie, continuent à s'entraîner pieds nus » (6).

Ayant à se prononcer sur des questions relatives au principe de l'égalité entre hommes et femmes, Dámaso a indiqué le progrès réalisé par le droit communautaire et a exprimé le souhait que les « ciments historiques » de la dévalorisation du travail des femmes soient ébranlés. Traçant les racines de l'inégalité, il évoquait, non sans sourire, Saint Thomas d'Aquin selon qui la femme est « quelque chose de défectueux et de manqué... par nature soumise à l'homme, parce que l'homme par nature possède plus largement le discernement de la raison ». Il a rappelé que le droit médiéval subordonnait le droit des femmes à administrer et à disposer des biens, ainsi que de se présenter devant un tribunal, à l'accord de leur père ou de leur mari. Il a rappelé que, dans *La perfecta casada*, frère Luis de León envisageait la femme comme étant « faible et fragile plus que tout autre animal et, de par ses habitudes et son état d'esprit, délicate et capricieuse ». Et il ne pouvait manquer de se référer à Cervantès qui, au moment où le chevrier raconte à Don Quichotte l'histoire de Léandra, parle de « ... l'inclination naturelle des femmes, qui est, la plupart du temps, au rebours de la sagesse et du bon sens » et débat de « la légèreté des femmes, de leur inconstance, de leur duplicité, de leurs promesses trompeuses, de leur foi violée, enfin du peu de goût et de tact qu'elle montrent en plaçant leurs pensées en leurs affections ». Renvoyant à John Stuart Mill qui, en 1869, dénonçait l'état d'« esclavage civil » dans lequel se trouvaient les femmes mariées, Dámaso a rappelé que, dans les codes civils du XIX^e siècle, inspirés du

(6) Aff. C-102/07, *Adidas AG et Adidas Benelux BV c. Marca Mode CV e.a.*, Rec., 2008, p. I-2439.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

Code Napoléon, les femmes demeuraient juridiquement incapables. Ayant achevé ce rappel historique, il a analysé les questions juridiques en cause et a conclu à l'illégalité d'un régime instaurant un taux de rémunération des heures supplémentaires effectuées par des travailleurs à temps partiel, inférieur au taux horaire des travailleurs à temps complet, dans la mesure où ce sont, le plus fréquemment, des femmes qui se trouvent défavorisées (7).

Dámaso n'avait aucun doute qu'en matière d'emploi, les principes de non-discrimination et d'égalité entre hommes et femmes ne permettaient pas de prendre en considération les périodes de congé de maladie pendant et en raison de la grossesse, afin de licencier une femme. Dans ses mots : « la grossesse est un état passager dans lequel seules les femmes sont susceptibles de se trouver... Il me paraît évident que... les problèmes de santé que cet état provoque ne pourront pas dépendre du régime général applicable aux hommes et aux femmes en cas de maladie... les périodes de congé de maladie qui sont accordées aux femmes en raison de problèmes de santé provoqués par la grossesse, avant l'accouchement, ne pourront pas être, aux fins d'un licenciement, assimilées aux absences d'un homme en congé maladie » (8).

Ne s'inclinant pas devant une décision contraire de la Cour qui lui paraissait foncièrement erronée, Dámaso a attiré l'attention de la Cour, à l'occasion d'un nouveau renvoi préjudiciel un an plus tard, portant sur la même question, sur les faiblesses de la solution par elle retenue. Il a souligné qu'« il nous incombe à tous... d'éliminer les vestiges de la discrimination dont souffre la femme depuis des siècles... » et, quelque peu agacé, il a ajouté : « je me demande s'il est toujours nécessaire... de répéter une telle évidence : la grossesse est une situation qui n'affecte que les femmes, puisque ce sont les seules qui peuvent se trouver dans cet état ». Aussi a-t-il demandé : « Peut-on... dire que le licenciement d'une femme enceinte, en raison de congés de maladie répétés, trouvant leur origine dans sa grossesse, intervient dans les mêmes conditions que celui d'un homme qui a été en congé de maladie pendant la même durée ? À mon avis, on ne le peut pas » (9). Cette fois, Dámaso est parvenu à convaincre la Cour, qui, dans son arrêt, a reconnu son

(7) Aff. C-300/06, *Ursula Voß c. Land Berlin*, Rec., 2007, p. I-10573. La citation du frère LUIS DE LEÓN se trouve dans les conclusions de l'avocat général dans l'aff. C-207/04, *Paolo Vergani c. Agenzia delle Entrate, Ufficio di Roma*, Rec., 2005, p. I-7453, spéc. p. I-7462.

(8) Aff. C-400/95, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, agissant pour Helle Elisabeth Larsson, c. Dansk Handel & Service, agissant pour Fotex Supermarked A/S*, Rec., 1997, p. I-2757.

(9) Aff. C-394/96, *Mary Brown c. Rentokil Initial UK Ltd. (Anciennement Rentokil Ltd.)*, Rec., 1998, p. I-4185.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

égarement et a expressément désavoué la solution retenue par sa précédente décision.

Dans une affaire concernant la protection des travailleuses enceintes, Dámaso s'est penché sur la question de savoir à partir de quel moment une femme traitée par fécondation *in vitro* pouvait être considérée comme étant enceinte. Pour ce faire, il a rappelé l'ethnologue français Arnold Van Gennep qui, en 1909, a décrit, dans son ouvrage *Les Rites de passage*, les cérémonies dans les sociétés primitives pour marquer la grossesse, la naissance, le mariage et la mort (10). Et, avant d'analyser les questions juridiques posées, Dámaso a rappelé les *Mémoires de deux jeunes mariées* de Balzac, dont l'une des héroïnes se demandait à quel moment précis commençait la grossesse. Il a évoqué le portrait de la comtesse de Chinchón, peint par Goya et exposé au Prado, qui indique discrètement sa grossesse « en la touchant avec une délicate couronne d'épis de blé, symbole de la fertilité ». Examinant la jurisprudence en matière d'égalité hommes/femmes, Dámaso a conclu que serait discriminatoire tout licenciement d'une travailleuse ayant eu recours à la procréation assistée, motivé par sa situation particulière ou sa future maternité (11).

Il n'a pas hésité à critiquer, comme étant entachés, en ses mots, de « qualification juridique erronée », les arrêts dans lesquels la Cour a apprécié la légalité des « actions spécifiques » (« golden shares ») au regard de la liberté de circulation des capitaux au lieu du droit d'établissement (12), et qu'il a condamnés. Avec humour, Dámaso a exprimé le sentiment qu'à cet égard, « il paraît douteux que... la Cour ait suivi les conseils que Don Quichotte avait donnés à Sancho Pencha avant que ce dernier ne s'en aille régner sur l'île de Barataria : ne te laisse jamais guider par la loi aveugle... que les larmes du pauvre t'inspirent de la compassion mais qu'elles ne t'inspirent pas plus de justice que les informations que tu peux obtenir du riche. Tente de découvrir la vérité... lorsque l'équité peut ou doit s'imposer, n'applique pas la loi dans toute sa rigueur... la réputation du juge rigoureux n'est pas meilleure que celle du juge compatissant ». Rappelant *le Marchand de Venise*, dans lequel Shakespeare a écrit que « tout ce qui brille n'est pas de l'or », Dámaso considérait que « cet adage aurait... dû inspirer... les États membres qui s'attachent à jouer le rôle du roi Midas en transformant en succédané

(10) Aff. C-506/06, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, Rec., 2008, p. I-1017.

(11) *Ibid.*

(12) Aff. C-463/00, *Commission c. Royaume d'Espagne*, Rec., 2003, p. I-4581 ; aff. C-98/01, *Commission c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, Rec., 2004, p. I-4641.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

du précieux métal les participations dans le capital des entreprises qui opèrent dans des secteurs stratégiques ou qui fournissent des services publics », en faisant abstraction du droit communautaire (13).

Portant son attention sur la question de la mobilité des étudiants au titre de la liberté de circulation communautaire et de la citoyenneté européenne, qu'il situait dans une perspective dépassant les confins du droit, Dámaso évoque « l'évolution vertigineuse de la société actuelle [qui] s'accompagne d'une augmentation de la demande d'enseignement de haut niveau... » et des problèmes, y compris ceux concernant le financement des études. Il remonte à l'Antiquité, à l'Académie de Platon, au Lycée d'Aristote et aux Écoles de Pythagore et d'Alexandrie, aux couvents et abbayes où, à partir du IX^e siècle, a eu lieu l'instruction des moines, aux écoles épiscopales à Reims, Chartres, Cologne, Mayence et Vienne, aux cabinets d'études à Bagdad et à Cordoue. Il évoque, ensuite, les universités, créées à partir du XIII^e siècle à Bologne, Oxford, Montpellier et Salamanque. Il a rappelé que Juan Luis Vives (1492-1540) enseignait à Valence, à la Sorbonne, à Bruges, à Louvain et à Oxford, que Miguel Servet a étudié le droit à Toulouse, la médecine à Paris et à Montpellier, et la théologie à Louvain, et que David Hume a étudié la philosophie à Reims, en Anjou et à Paris. Il reconnaît, naturellement, la place privilégiée d'Érasme de Rotterdam qui a étudié à Paris, obtenu son doctorat en théologie à Bologne, matière qu'il enseignait à Cambridge. Constatant que « les aides aux étudiants permettent de remédier aux obstacles, généralement économiques, qui empêchent de suivre une formation », et ayant analysé les dispositions réglementaires et la jurisprudence, Dámaso a conclu à la violation du droit communautaire par une législation nationale qui subordonnait l'octroi des aides à la formation à une condition de résidence d'un an sur le territoire de l'État concerné, et celle qui excluait l'attribution d'une telle aide aux étudiants résidant dans des localités frontalières (14).

Dans des affaires plus prosaïques, quand la Cour a été saisie pour déterminer la juridiction internationalement compétente dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité engagée dans un État, alors que les intérêts principaux du débiteur étaient transférés à un autre, Dámaso a évoqué *l'Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*, ouvrage écrit par Balzac, pour dire : « le traitement juridique actuel de l'infortune que constitue l'endettement excessif...

(13) Aff. C-326/07, *Commission c. République italienne*, Rec., 2009, p. I-2291.

(14) Aff. jtes C-11/06 et C-12/06, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln et Iris Bucher c. Landrat des kreises Düren*, Rec., 2007, p. I-9161.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

est très éloigné du pathétisme avec lequel Honoré de Balzac a magistralement décrit la souffrance de César Birotteau devant faire face à ses créanciers » (15). Dans cette affaire, il a préconisé de retenir la compétence des tribunaux de l'État où a été introduite la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, à condition, toutefois, que la procédure n'ait pas encore été ouverte. C'est un autre roman de Balzac, *Le Père Goriot*, que Dámaso évoque en abordant la question de savoir quelle est la juridiction compétente, dans le cadre d'un litige transfrontalier, pour connaître d'une action révocatoire au titre de l'insolvabilité, en expliquant les origines et l'évolution de l'action révocatoire et en la distinguant de l'action paulienne. « Tous les débiteurs », nous dit-il, « n'ont pas la chance d'être apparentés au père Goriot. La générosité et les âmes nobles ne sont pas monnaie courante sous le règne du marché, car les commerçants ne possèdent pas les qualités qui permettaient à Delphine et à Anastasie, filles malheureuses et vaniteuses, de vivre et de s'endetter excessivement aux frais de leur dévoué géniteur, qui est mort dans la ruine la plus complète en bénissant sa progéniture ». Dámaso a opté, en l'espèce, pour la compétence de la juridiction de l'État qui est saisie d'une procédure d'insolvabilité (16).

Quand la Cour a été invitée à élucider les notions de « publicité télévisée » et de « téléachat » retenues par des directives communautaires, Dámaso a déploré le fait que, « de nos jours, en tout lieu, le marketing assiege et envahit... la télévision est peut-être le moyen de diffusion des messages publicitaires les plus agressifs, tant par sa puissance que par sa force de pénétration et sa capacité de stimulation » (17). Et, en présence d'un renvoi préjudiciel concernant une jurisprudence ambiguë de la Cour portant sur l'incidence des libertés communautaires sur la réglementation des paris et des jeux de hasard, Dámaso, non sans humour, commence ses conclusions en s'exclamant : « Rien ne va plus (18) ! ». Il rappelle, en renvoyant à Kant, Dostoïevski, Chateaubriand et Gabriel y Galán, les différents niveaux du jeu et propose d'affiner la jurisprudence de la Cour afin de dissiper les incertitudes qu'elle a pu provoquer.

(15) Aff. C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, Rec., 2006, p. I-701.

(16) Aff. C-339/07, *Christopher Seagon, agissant en qualité d'administrateur judiciaire de Frick Teppichboden Supermärkte GmbH c. Deko Marty Belgium NV*, Rec., 2009, p. I-767.

(17) Aff. C-195/06, *Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) c. Österreichischer Rundfunk (ORF)*, Rec., 2007, p. I-8817.

(18) Aff. Jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Procédures pénales c. Massimiliano Placanica e.a.*, Rec., 2007, p. I-1891.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

Certaines affaires qui lui étaient attribuées permettaient à Dámaso de rappeler les horreurs de la guerre et de les illustrer par des références à des œuvres artistiques. Ainsi, dans une affaire mettant en cause le refus par certains États membres d'indiquer le montant de T.V.A. acquitté pour l'acquisition de matériel de guerre, qu'il a condamné, Dámaso a rappelé qu'aussi bien Beethoven, en mettant en musique *l'Ode à la joie* de Schiller, que John Lennon dans *Imagine* ont rêvé d'un monde en harmonie, même si Cervantès a, dans une digression burlesque, fait dire à Don Quichotte : « les armes... ont pour objet et pour but la paix, c'est-à-dire le plus grand bien que puissent désirer les hommes en cette vie » (19). Dans une autre affaire, il se réfère à la description, par Thucydide, de la guerre du Péloponnèse, à la série de tableaux de Goya *Les désastres de la guerre* et *Les fusillés du 3 mai*, ainsi qu'à *Guernica* de Picasso, en allant jusqu'à rappeler les sentiments qu'a éprouvés Henri Dunant, le fondateur de la Croix-Rouge, en voyant les dégâts humains de la bataille de Solferino (20).

I. – LA FONCTION DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

Dans sa conception, la fonction d'avocat général, fonction qu'il a si admirablement et passionnément exercée, fait partie de la fonction juridictionnelle. Il a rempli son rôle, en soulignant l'indépendance et l'impartialité requises de l'avocat général et a réfuté toute allégation que l'intervention de ce dernier dans la procédure devant la Cour était de nature à entacher celle-ci de quelque manière que ce soit.

« Le rôle de l'avocat général », Dámaso l'a rappelé, « est de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de justice, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission. Son premier devoir est de proposer à la Cour une solution qui, tout en étant conforme au droit, respecte les postulats dialectiques du discours raisonné et de la cohérence, sans lesquels les décisions judiciaires seraient perçues comme de simples exercices arbitraires et seraient dépourvues de nature persuasive » (21).

Pour Dámaso, en procédant, depuis des années, à l'interprétation de dispositions communautaires, « l'avocat général ressemble au peintre

(19) Aff. C-284/05, *Commission c. République de Finlande*, *Rec.*, 2009, p. I-11705.

(20) Aff. C-292/05, *Erini Lechouritou e.a. c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias*, *Rec.*, 2007, p. I-1519.

(21) Aff. C-463/00 et aff. C-98/01, déjà citées.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

qui, après avoir couché une image sur la toile, la plaque de nouveau avec d'autres détails et tonalités, parce que la lumière est différente, l'environnement a changé ou bien son état d'esprit n'est plus le même. Francisco de Goya et ses "majas", la vêtue et la nue, en offre un bon exemple. Abstraction faite de la différence la plus évidente, les coups de pinceau dans la "maja" vêtue, plus fins, sont pâteux et denses, comme si le peintre était pressé de colorer la toile, tout à l'opposé de la perfection académique de la "maja" nue, exécutée avec une grande minutie et la délicatesse exigée par l'instant, ce qui se perçoit au niveau du dessin du fauteuil, du coussin et du drap, reflet sans doute de la passion du maître pour Cayetana de Silva y Alvarez de Toledo, XIII^e duchesse d'Alba » (22).

Pour déterminer le contenu du principe *ne bis in idem*, nous dit Dámaso, « tout comme pour la contemplation d'un tableau, une appréciation d'ensemble exige de prendre ses distances par rapport à l'objet pour ne pas courir le risque que la rétine ne capte que les traits, la texture et la masse de couleurs, sans réussir à appréhender la signification globale de l'œuvre » (23).

Un ancien président de la Cour de justice, R. Lecourt a, mieux que quiconque, décrit la fonction de l'avocat général : « Insérer entre le débat judiciaire et le délibéré du juge une étape personnelle d'étude, de réflexion, de conception et de dialectique, apte à faciliter la décision, et, par-delà, à éclairer la doctrine... ». Et le président Lecourt de poursuivre : « pour avoir une idée vraie du rôle des conclusions, c'est au délibéré qu'il faut avoir accès. On y découvrirait l'intérêt de cet ultime répit entre le débat de l'audience et la méditation du juge et l'utile décantation du conflit judiciaire qui en résulte. On y apprécierait qu'une voix autorisée et libre, s'élevant au-dessus des parties, ait pu analyser avec le recul nécessaire, l'argumentation de chacune et pris le risque de porter sur le litige un premier jugement... » (24).

Confronté à l'allégation que le fait pour l'avocat général d'avoir le dernier mot avant le délibéré des juges, sans que les parties puissent répondre à ses arguments, serait contraire à l'exigence de procès équitable, Dámaso a rappelé que, dans certaines circonstances, les parties disposent d'un véritable droit à la réouverture de la procédure orale. Mais, a-t-il souligné, permettre aux parties, systématiquement, de répliquer à

(22) Aff. C-296/06, *Telecom Italia SpA c. Ministero dell'Economia e delle Finanze et Ministero delle Comunicazioni*, Rec., 2008, p. I-801.

(23) Aff. C-297/07, *Procédure pénale contre Klaus Bourquain*, Rec., 2008, p. I-9425.

(24) *Allocution prononcée par M. le Président Robert Lecourt lors de l'audience solennelle du 9 octobre 1973 à l'occasion du départ de M. l'avocat général K. Roemer*, Publication de la Cour de justice, 1973, p. 6.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

l'avocat général l'empêcherait d'exercer sa fonction – celle d'analyser l'ensemble des arguments invoqués – et réduirait la portée des conclusions en tant qu'élément jurisprudentiel. Rejetant, à cet égard, la « théorie des apparences », il a affirmé que, si un tel droit était reconnu aux parties, « l'avocat général deviendrait ce qu'il n'a jamais été, à savoir une partie au procès, ce qui dénaturerait irrémédiablement son rôle organique et, partant, l'utilité de son institution et son existence même ». Aussi, a-t-il expliqué, par ses conclusions, l'avocat général « atténue le fait qu'une grande partie des décisions de la Cour sont adoptées en premier et dernier ressort, après un délibéré secret et sans possibilité d'émettre des opinions dissidentes. Sa contribution jurisprudentielle », a-t-il souligné, « sert également à compléter un ordre juridique par nature fragmentaire... ». Mais, surtout, il a déclaré : « Je suis intimement convaincu que les exigences d'un procès équitable l'imposent ». « Je pense que l'avocat général, tel qu'il est institué et dont l'impartialité et l'indépendance... ne peuvent appeler la moindre réserve, contribue à la publicité et à la transparence de la fonction juridictionnelle dévolue à la Cour ; ses conclusions facilitent la compréhension des arrêts et influencent l'élaboration et le développement de la jurisprudence communautaire, ce qui enrichit le débat tant au sein de l'institution qu'auprès d'autres milieux intéressés... Les conclusions de l'avocat général n'ont pas pour effet de mettre en échec, mais au contraire, de renforcer le principal objectif d'une procédure contradictoire. La véritable garantie pour les justiciables, ce n'est pas que le juge soit soustrait à toute conviction, mais que leur cause ait été examinée avec toute la rigueur qu'elle mérite ». Aussi, a-t-il conclu, « ni les exigences d'un procès équitable ni, à plus forte raison, les objectifs d'une bonne administration de la justice ne commandent que les parties aux procédures pendantes devant le juge communautaire disposent, d'une manière générale, du droit de formuler des observations en réponse aux conclusions de l'avocat général » (25).

Indigné par ce qu'il a qualifié de « ruse ingénieuse » (26) qui, par un artifice procédural, a permis à un justiciable de répondre aux conclusions qu'il avait présentées dans une affaire non encore jugée, Dámaso a souligné : « le principe de la loyauté procédurale des parties envers les juridictions, ainsi que le principe de solidarité et de respect des justiciables... exige que celui qui exerce une action ne le fasse pas de manière abusive... afin de ne pas influencer la durée et la profondeur de

(25) Aff. C-466/00, *Arben Kaba c. Secretary of State for the Home Department*, Rec., 2003, p. I-2219.

(26) Aff. C-336/02, *Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft mbH c. Brangewitz GmbH*, Rec., 2004, p. I-9801.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

l'analyse des demandes présentées par d'autres justiciables. En d'autres termes, le droit à une protection juridictionnelle effective a également ses limites. Dans le contexte actuel de l'exercice de la fonction juridictionnelle dans le monde occidental, ces limites se traduisent par le fait que les juges disposant d'un temps limité pour satisfaire aux demandes qui leur sont adressées, tout justiciable doit présenter sa demande, sans préjudice des garanties dont il bénéficie, sans porter atteinte au droit d'accès à la justice de ses concitoyens, en évitant d'introduire des actions inutiles ou tardives, excessivement compliquées, confuses par leur forme ou d'une longueur excessive, et sans multiplier les procès dans son intérêt exclusif » (27).

Mais, même en l'absence d'abus, il peut arriver, en raison des aléas de la procédure, que les parties trouvent le moyen de s'exprimer sur les conclusions de l'avocat général. Quand il devait se prononcer sur une question préjudicielle identique à celle d'un renvoi précédent sur laquelle un autre avocat général avait conclu au fond, mais qui a, finalement, été jugé irrecevable par la Cour, Dámaso a expliqué son inquiétude, « dans la mesure où je me sens comme Avellaneda rédigeant la deuxième partie d'un roman d'autrui, ce qui pourrait me valoir des réprimandes comme celles qu'à reçues l'auteur en cause, bien que la situation ne soit pas comparable : je suis tenu de rédiger ces conclusions et je remplis mes obligations professionnelles de bonne foi et sans l'ombre d'un ressentiment qui, semble-t-il, a inspiré le plagiat d'Avellaneda » (28). Il se réfère, ici, au prétendu second tome de *Don Quichotte* publié en 1614 par un plagiat, Alonso Fernández de Avellaneda, pseudonyme d'un ecclésiastique inconnu dénommé Alonso Fernandez Zapata, qui a provoqué la colère de Cervantès et qui a été qualifié, en 2005, par Fernando García Salinero comme étant un « livre de blagues dépourvues des ingéniosités de l'œuvre picaresque, dont la gestation est sans doute due à des raisons de rancœur personnelle ».

En sa qualité d'avocat général, Dámaso devait étudier, analyser et s'exprimer sur de nombreux et divers aspects du droit communautaire. Avec une égale maîtrise, il a prononcé des conclusions sur un grand éventail de matières, mais, assurément, c'est la procédure de renvoi préjudiciel qui était l'une de ses matières de prédilection.

(27) Aff. C-182/01, *Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft mbH c. Werner Jäger*, Rec., 2004, p. I-2263.

(28) Aff. jtes C-468/06 à C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia EE e.a. c. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, anciennement Glaxowellcome AEVE*, Rec., 2008, p. I-7139.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

II. – LE RENVOI PRÉJUDICIEL

Attaché à la coopération entre la Cour de justice et les juridictions nationales et à la préservation de la cohérence du système préjudiciel, Dámaso a insisté sur l'impératif d'assurer le caractère judiciaire et la cohérence de cette procédure et de respecter les prérogatives de chacun des protagonistes. Il n'avait aucun scrupule pour formuler une critique des arrêts qui lui paraissaient dénaturer l'essence du dialogue judiciaire et d'une jurisprudence attentatoire aux prérogatives du juge national.

Il a souligné que « le renvoi préjudiciel constitue un instrument procédural à la disposition des juridictions des États membres afin que la Cour leur fournisse les orientations nécessaires à l'application du droit communautaire » et que le système préjudiciel « repose sur la différence entre interprétation et application de la règle de droit, de manière à concilier l'autorité légitime du juge national et l'indispensable uniformité de l'ordre juridique communautaire... » (29).

Quatre aspects, notamment, de la jurisprudence de la Cour lui paraissaient incongrus avec la nature même de la procédure préjudicielle, et il n'a hésité ni à les critiquer ni à expliquer les raisons de son opposition, en proposant des solutions différentes.

En premier lieu, c'est sur la notion de juridiction habilitée à saisir la Cour à titre préjudiciel qu'il a porté son attention.

La conception de la Cour en cette matière paraissait à Dámaso fondamentalement défectueuse, et il en a fait son cheval de bataille. Attaché à la préservation du caractère judiciaire de cette procédure, il a insisté sur la faculté des seuls organes juridictionnels d'en faire usage, même si, eu égard aux spécificités de l'ordonnancement juridique communautaire, il a accepté une entorse, limitée, permettant, dans certaines circonstances, bien plus strictes que celles admises par la Cour, à des entités ne faisant pas partie de l'organisation judiciaire nationale de recourir à la procédure préjudicielle.

Les critères de juridiction initialement dégagés par la jurisprudence de la Cour, tels que l'origine légale, la permanence, la juridiction obligatoire, l'application de la règle de droit, la procédure contradictoire – sur ce dernier critère, Dámaso a constaté la relativisation progressive –, complétés par l'indépendance – critère dont Dámaso a relevé aussi bien l'apparition tardive que le relâchement –, ne sont pas spécifiques aux

(29) Aff. C-64/06, *Telefónica 02 Czech Republic a.s., anciennement Český Telecom a.s. c. Czech On Line a.s., Rec.*, 2007, p. I-4887.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

organes judiciaires. L'indépendance, a-t-il souligné, « signifie l'équidistance par rapport aux parties et à l'objet du litige ». Elle implique l'impartialité, des garanties d'inamovibilité et la prévision de cas d'absence et de récusation. Le critère relatif à la prise d'une décision de caractère juridictionnel lui apparaissait comme tautologique, car, dans ces mots, « dire que tout organe qui rend une décision juridictionnelle est une juridiction revient à ne rien dire du tout » (30).

Ayant passé en revue la jurisprudence en cette matière, il l'a caractérisée comme « flexible à l'excès et dénuée de la cohérence nécessaire, s'accompagnant d'une absence de sécurité juridique... casuistique, très élastique, peu scientifique et présentant des contours si diffus qu'elle autoriserait Sancho Pança à poser une question préjudicielle en sa qualité de gouverneur de l'île de Barataria ». Dámaso l'a critiquée comme étant « dépourvue des éléments clairs et précis qu'exige une notion qualifiée de communautaire. Loin de fournir un cadre de référence sûr, la jurisprudence offre un panorama confus et incohérent, qui suscite l'incertitude générale » (31).

Aussi, a-t-il expliqué, les critères énoncés par la jurisprudence « ont été progressivement dénaturés au point d'admettre un amalgame hétérogène d'institutions qui ne cadre pas toujours avec l'esprit juridictionnel qui sous-tend » la procédure préjudicielle. C'était pour cette raison qu'il se proposait « de mettre de l'ordre dans une jurisprudence extrêmement ambiguë » (32).

Désapprouvant, catégoriquement, la jurisprudence permettant aux organes non juridictionnels de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel, dont l'une des conséquences la plus perverse était la reconnaissance de la qualité de juridiction au *Tribunal economico-administrativo*, Dámaso a emphatiquement déclaré : « Je m'oppose à toute ouverture de l'accès à la question préjudicielle à des entités qui n'appartiennent pas au pouvoir judiciaire, afin de ne pas dénaturer la philosophie qui sous-tend cette disposition » (33).

Pour lui, « tout organe qui fait partie de l'organisation judiciaire d'un État membre et qui agit de façon indépendante dans le but de trancher, conformément aux règles de droit, un litige dans le cadre d'une procédure contradictoire » doit être considéré comme « juridiction » aux fins

(30) Aff. C-17/00, *François De Coster c. Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, Rec., 2001, p. I-9445.

(31) *Ibid.*

(32) Aff. C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten c. Kärntner Landesregierung*, Rec., 2009, p. I-11525.

(33) *Ibid.*

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

de la procédure préjudicielle. En revanche, les organes ne faisant pas partie de la structure judiciaire interne et qui n'ont pas le pouvoir de « dire le droit » dans le cadre d'une procédure judiciaire ne devraient pas se voir reconnaître cette qualité (34).

Il n'a pas manqué de souligner ce qu'il a appelé les « effets perturbateurs » (35), les « inconvénients » (36) et « le danger » (37) de « l'immixtion d'un organe administratif dans un dialogue entre juges ». Cependant, « afin de conjurer le risque de laisser des secteurs du droit communautaire en dehors de l'intervention informatrice de la Cour » (38), il a proposé de reconnaître la qualité de juridiction aux organes administratifs qui, tout en n'appartenant pas à l'organisation judiciaire interne, exercent des fonctions juridictionnelles et adoptent des décisions insusceptibles de recours juridictionnel interne, à condition, toutefois, que les critères dégagés par la jurisprudence et, notamment, les conditions relatives à l'indépendance et au caractère contradictoire de la procédure soient rigoureusement respectés (39). Invitant la Cour à abandonner une jurisprudence qu'il a considérée très contestable, Dámaso a expliqué que la solution par lui proposée était orientée vers ce qu'il estimait être « l'essence de l'instrument préjudiciel » (40).

En deuxième lieu, la nature communautaire de la procédure préjudicielle a conduit Dámaso à critiquer la jurisprudence de la Cour accueillant des demandes de décisions préjudicielles dans le cadre d'un litige n'impliquant, devant le juge national, que des questions de droit interne, même si ce dernier renvoyait ou faisait référence aux règles du droit communautaire, ne fût-ce qu'en dehors du champ d'application matériel et personnel de ce dernier. Il ne pouvait admettre une telle intrusion insidieuse dans la procédure préjudicielle.

Examinant les raisons avancées par la Cour pour retenir sa compétence préjudicielle dans un tel contexte, à l'instar des autres avocats généraux, Dámaso les a réfutées une à une et a démontré leur faiblesse et leur incohérence : une interprétation d'une disposition communautaire fournie par la Cour à l'occasion d'un litige national étranger au droit communautaire et qui est, par ailleurs, dépourvue de force contraignante, risque d'être inadéquate, méconnaît le principe de compétences

(34) Aff. C-17/00, déjà citée.

(35) *Ibid.*

(36) Aff. C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH c. Fernwärme Wien GmbH*, *Rec.*, 2008, p. I-2339.

(37) Aff. C-205/08, déjà citée.

(38) Aff. C-195/06, déjà citée.

(39) Aff. C-17/00, aff. C-195/06 et aff. C-205/08, déjà citées.

(40) Aff. C-393/06, déjà citée.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

d'attribution sur lequel est fondé l'ordre juridique communautaire et n'est justifiée par l'existence d'aucun intérêt communautaire. En outre, la compétence préjudicielle de la Cour, a-t-il déclaré, ne saurait être tributaire du droit national et de conclure : « À mes yeux, les traités n'ont pas chargé la Cour de justice de statuer sur des affaires étrangères au champ d'application du droit communautaire » (41).

En troisième lieu, Dámaso n'a pas pu accepter le « détour procédural » imposé par la jurisprudence de la Cour en matière de renvoi préjudiciel en appréciation de validité. La solution consistant à subordonner la recevabilité d'un tel renvoi à l'absence de toute possibilité pour les parties au principal d'introduire un recours en annulation contre la mesure communautaire en cause lui paraissait « très discutable ». Il l'a critiquée, sur plusieurs plans, en soulignant qu'aucune hiérarchie n'existe entre le recours en annulation et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, qu'elle encourage les justiciables à saisir le juge communautaire d'un recours en annulation à titre préventif, qu'elle est incompatible avec la jurisprudence antérieure, qu'elle oblige le juge national à statuer sur la recevabilité éventuelle d'une action en annulation après avoir éventuellement saisi, lui-même, la Cour d'un renvoi préjudiciel en interprétation et, surtout, en ces mots, qu'elle « méconnaît le fondement et la nature même » de la procédure préjudicielle et « dénature la collaboration entre juges instituée par le traité... ». Aussi a-t-il considéré que le système retenu par la Cour présentait plus d'inconvénients que d'avantages, et a invité la Cour soit à le préciser, soit à l'abandonner (42).

En quatrième et dernier lieu, à partir du moment où, dans un arrêt, la Cour a assoupli l'obligation des juridictions suprêmes de la saisir à titre préjudiciel en matière d'interprétation et que, dans un autre, elle a, en revanche, contraint toute juridiction nationale à la saisir en cas de doutes sur la validité d'une mesure communautaire, la question s'était posée de savoir si les circonstances permettant à un tribunal suprême de se prononcer, sans renvoi préjudiciel, sur l'interprétation des dispositions communautaires ne pouvaient pas s'appliquer aux cas d'appréciation de validité. Dámaso a été le premier à examiner cette problématique et s'est demandé si, selon ses termes, « un aménagement des principes jurisprudentiels... en vigueur » ne devrait pas intervenir (43).

(41) Aff. C-1/99, *Kofisa Italia Srl c. Ministero delle Finanze et Servizio della Riscossione dei Tributi – Conessione Provincia di Genova – San Paolo Riscossioni Genova SpA*, Rec., 2001, p. I-207.

(42) Aff. jtes C-346/03 et C-529/03, *Giuseppe Atzeni e.a. c. Regione autonoma della Sardegna*, Rec., 2006, p. I-1875.

(43) Aff. C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, Rec., 2005, p. I-10513.

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

Il a considéré que les conditions strictes imposées par la Cour pour libérer les juridictions nationales suprêmes de l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation étaient, dès l'origine, « irréalisables » et sont devenues « surréalistes ». Aussi, a-t-il déclaré, « la Cour doit assumer ses responsabilités et rectifier » sa jurisprudence « ou, au moins, nuancer son contenu, pour l'adapter aux exigences de l'époque, étant donné que seule une exégèse moins stricte de l'arrêt répondrait aux nécessités de la collaboration judiciaire » (44).

Cette jurisprudence, revisitée, devrait s'appliquer également au renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Dámaso a critiqué la jurisprudence par laquelle la Cour « s'est attribué une compétence sans aucun appui dans la lettre » du traité, « en instaurant l'obligation de recourir au renvoi préjudiciel dans des cas où les auteurs du traité n'avaient prévu qu'une simple faculté ; elle se reconnaît ainsi à elle-même une compétence exclusive pour contrôler la validité des actes communautaires aux dépens des juridictions nationales ». Et Dámaso de déclarer : « un jour, la rivière retrouvera son lit et le juge national récupérera le rôle qu'il est appelé à partager avec la Cour sur la scène de la collaboration judiciaire, en abandonnant la fonction d'aiguilleur dans laquelle il s'est trouvé cantonné en raison du réflexe protecteur de la Cour de Luxembourg ». Aussi, a-t-il ajouté, le réaménagement des responsabilités respectives des tribunaux nationaux et de la Cour de justice devrait intervenir « à condition que la Cour fasse preuve de la maturité suffisante pour étendre à la question de validité la théorie de l'acte clair consacrée... à l'égard de la question préjudicielle en interprétation » (45).

Une obligation systématique, sans exception aucune, de saisir la Cour pour constater l'invalidité d'une disposition communautaire, alors même qu'une disposition identique avait déjà été par elle jugée invalide n'avait ni utilité ni justification. « On ne peut », a-t-il dit, « infliger au juge national un supplice aussi stérile que celui de Sisyphe », qui, Dámaso le rappelle, était condamné, selon la mythologie grecque, à porter une lourde pierre jusqu'à la cime d'une montagne, la laisser rouler jusqu'à un ravin, descendre la rechercher et à recommencer indéfiniment. Comment Dámaso pouvait-il ne pas mentionner le roman d'Albert Camus, le tableau de Titien au Prado et la sculpture de l'Allemand Schmidt-Hofer et ne pas exprimer sa confiance dans les juridictions nationales qui, en cas de doute, feraient usage de ce que Baltasar Gracián a appelé « l'art de la prudence » (46) ?

(44) *Ibid.*

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.*

HOMMAGE À L'AVOCAT GÉNÉRAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

Puisque, dans de telles circonstances, aucun doute ne saurait exister sur la validité de la disposition communautaire en cause, l'assouplissement de l'obligation de renvoi en matière d'appréciation de validité, a-t-il conclu, « conduirait à réaliser une importante économie de procédure et à réaffirmer la responsabilité communautaire du juge national ; il s'avérerait donc totalement cohérent avec la bonne administration de la justice dans l'Union européenne » (47).

* *
*

Dámaso savait que, si l'avocat général devait être « entendu », il n'était pas nécessairement « suivi ». Ceci lui était indifférent dès lors qu'en toute âme et conscience, il s'employait à assister la Cour selon sa propre conception et son sens du devoir. Ceci, il l'a toujours fait en présentant des conclusions, souvent magistrales, après avoir procédé à une analyse approfondie des circonstances factuelles et juridiques de chaque espèce, examiné tous les arguments présentés, en situant souvent l'affaire dans un cadre plus général, en cherchant à maintenir une cohérence d'ensemble de la jurisprudence et en plaidant, lorsqu'il était convaincu que des modifications, et même des revirements, étaient nécessaires, que la Cour trouve le courage de le faire.

Sa voix continue à retentir, et ses conclusions ont laissé une empreinte indélébile sur le droit et la jurisprudence communautaires.

Personnage exceptionnel, d'une rare envergure culturelle, d'une phénoménale érudition, d'une capacité impressionnante d'analyse et d'exposition, d'une indépendance et d'une intégrité totales et d'un inébranlable courage intellectuel, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer était un juriste hors pair, un remarquable avocat général et, pour moi, un irremplaçable ami.

Les anciens Grecs le savaient :

Ceux que les dieux aiment meurent jeunes.

(47) *Ibid.*

- 3 -

**LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE
DIRECTEMENT APPLICABLE**

OBSERVATIONS SUR L'ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE
DU 9 MARS 1978 DANS L'AFFAIRE 106/77,
ADMINISTRATION DES FINANCES DE L'ÉTAT
*C. SOCIÉTÉ ANONYME SIMMENTHAL**

Affirmer la primauté du droit communautaire et déclarer son effet direct sont, sans doute, les mérites essentiels de la Cour de justice dans la consolidation et le développement de l'ordre juridique communautaire. En effet, « le droit communautaire porte en lui-même une exigence “existentielle” de primauté » (1). L'applicabilité directe, quant à elle, exprime, dans une large mesure, la spécificité de l'ordre juridique communautaire (2). Notion communautaire, l'applicabilité directe est déterminée par la Cour sur la base de critères exclusivement communautaires, conformes à la structure et adaptés à la finalité de la Communauté.

Sans qu'il y ait besoin de retracer ici l'évolution de la jurisprudence relative aux conditions de l'applicabilité directe, il convient de rappeler que, selon la Cour, une disposition contenant une obligation claire, précise et inconditionnelle produit des effets directs dans les ordres juridiques des États membres. La formule de P. Pescatore résume l'essentiel des conditions requises. « Le critère décisif de l'effet direct », écrit-il, « doit être vu dans la “non-interposition” d'un pouvoir discrétionnaire exercé soit par une institution communautaire, soit par les États membres, soit par les deux cumulativement » (3).

Située à l'articulation des ordres juridiques communautaire et nationaux, l'applicabilité directe est, par vocation même, destinée

* Aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, Rec., 1978, p. 629.

(1) P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, 2^e éd., Presses universitaires de Liège, 1973, p. 227.

(2) Voy., p. ex., R. KOVAR, « L'applicabilité directe du droit communautaire », *Journ. dr. intern.*, 1973, p. 279 ; L.-J. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, p. 1.

(3) P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 210.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

à produire ses effets dans les ordres juridiques des États membres. Au-delà de la création des droits et obligations dans le chef des particuliers, l'applicabilité directe reflète et concrétise la pénétration du droit communautaire dans l'ordre juridique étatique où, en raison de sa supériorité naturelle, celui-ci se place au sommet de la hiérarchie des normes et commande, de ce fait, la légalité de l'ordre juridique national.

Intégré à l'ordre juridique des États membres et bénéficiant d'une position normativement supérieure à toute disposition nationale, le droit communautaire y engendre, cependant, des difficultés d'accueil et d'adaptation qui, sans être insurmontables sont, néanmoins, considérables. L'applicabilité directe affecte certaines structures nationales, modifie des règles reçues, bouleverse parfois des procédures établies. Mais, au même titre que la définition des conditions de l'applicabilité directe, la détermination de ses effets relève de la compétence de la Cour (4). C'est surtout par le biais du renvoi préjudiciel en interprétation qu'elle se prononce sur les solutions à apporter à de tels problèmes.

Souvent interrogée par les juridictions nationales sur des questions concernant la sécurité sociale des travailleurs, la politique agricole, ou encore l'union douanière, la Cour a su, cependant, faire de la procédure préjudicielle un des instruments les plus efficaces de l'intégration juridique. Tel est le cas, tout particulièrement, lorsque les questions posées par les juridictions nationales portent sur des aspects constitutionnels des rapports globaux entre l'ordre juridique communautaire et les ordres juridiques nationaux. Ainsi que l'a observé P. Pescatore, « au fil des arrêts, la Cour a été amenée à prendre position sur les points les plus "sensibles" de la question des rapports entre le droit communautaire et le droit national » (5).

La décision rendue par la Cour de justice le 9 mars 1978 dans l'affaire *Simmmenthal* appartient à cette catégorie des questions « sensibles ». Il faut rendre hommage au *pretore* de Susa qui, en invitant la Cour de justice à se prononcer, à titre préjudiciel, sur certaines questions concernant le litige dont il était saisi, lui a permis de rendre un jugement qui, d'ores et déjà, mérite de figurer parmi ses grands arrêts.

(4) Dans ce sens, R. KOVAR écrit : « La définition de ces effets [de l'applicabilité directe] est une question de droit communautaire », *Journ. dr. intern.*, 1973, p. 291. *Contra* : G. BEBR, selon lequel, « [l]a notion, tout comme la primauté, d'une disposition directement applicable sont des notions de droit communautaire dont les conséquences doivent être déterminées par le droit national ». Voy. son étude intitulée « Les dispositions de droit communautaire directement applicables », *C.D.E.*, 1970, p. 3, spéc. pp. 31-32.

(5) P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 256.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

Évoquons brièvement les faits.

En 1973, la société italienne Simmenthal a importé de France un lot de viande bovine destinée à l'alimentation humaine. Pour l'inspection vétérinaire effectuée à la frontière selon la législation sanitaire italienne, elle a dû payer la somme de 581.480 liras, représentant les droits de contrôle, dont le taux a été fixé par la loi n° 1239 du 30 décembre 1970.

Estimant que les contrôles vétérinaires constituaient des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives interdites, notamment, par l'article 30 du Traité CEE et considérant, d'autre part, que les charges pécuniaires imposées à l'occasion de ces contrôles étaient des taxes d'effet équivalant à des droits de douane prohibés par l'article 95 du traité, la société Simmenthal a engagé, devant le *pretore* de Susa, une procédure en répétition des sommes indûment payées contre l'administration des finances italienne.

Constatant que le litige soulevait des questions d'interprétation du droit communautaire, le juge italien a décidé de surseoir à statuer et de déférer des questions préjudicielles à la Cour de justice.

Par l'arrêt du 15 décembre 1976, la Cour estimait que les contrôles sanitaires, ainsi que les charges pécuniaires en cause, étaient, en effet, contraires au droit communautaire (6).

À la suite de la décision de la Cour de justice, le *pretore* de Susa a, par ordonnance du 24 janvier 1977, enjoint à l'administration des finances italienne de rembourser à la société Simmenthal les droits indûment perçus augmentés des intérêts. L'administration des finances a formé opposition contre cette ordonnance d'injonction.

En présence des arguments développés par l'administration des finances de l'État, le *pretore* a constaté qu'était en cause une contradiction entre certaines normes communautaires et une loi postérieure. Or, selon la Cour constitutionnelle italienne, dans un tel cas, c'est elle qui doit être saisie de l'inconstitutionnalité de la loi italienne au regard de l'article 11 de la Constitution (7).

Estimant, cependant, qu'une telle position n'apparaissait pas conforme à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'applicabilité directe, le *pretore* de Susa, par une ordonnance du 28 juillet 1977, a décidé de s'adresser une seconde

(6) Aff. 35/76, *Simmenthal S.A. c. Ministère des finances italien*, *Rec.*, 1976, p. 1871.

(7) L'article 11 de la Constitution italienne dispose : « L'Italie répudie la guerre en tant qu'instrument d'atteinte à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des différends internationaux ; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle promeut et favorise les organisations internationales poursuivant ce but ».

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

fois à la Cour de justice pour que celle-ci statue, à titre préjudiciel, sur les questions suivantes :

1. « Étant donné qu'en vertu de l'article 189 du traité CEE et de la jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, les dispositions communautaires directement applicables doivent, en dépit de n'importe quelle norme ou pratique interne des États membres, sortir leurs effets pleins et entiers dans les ordres juridiques de ces derniers et y être appliquées uniformément, cela afin également de garantir les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers, s'ensuit-il que la portée des normes en question doit être entendue en ce sens que d'éventuelles dispositions nationales ultérieures, en contradiction avec ces mêmes normes communautaires, doivent être considérées de plein droit comme inapplicables sans qu'il soit nécessaire d'attendre leur élimination par le législateur national lui-même (abrogation) ou par d'autres organes constitutionnels (déclaration d'inconstitutionnalité), notamment si on considère, en ce qui concerne cette seconde hypothèse, que jusqu'à ce qu'intervienne la déclaration en question, la loi nationale demeurant pleinement applicable, les normes communautaires ne peuvent sortir leurs effets et, partant, leur application pleine, entière et uniforme n'est pas garantie de même que les droits subjectifs engendrés dans le chef des particuliers ne sont pas protégés (8) ? »
2. « En relation avec la question qui précède, à supposer que le droit communautaire admette que la protection des droits subjectifs, engendrés par des dispositions communautaires "directement applicables", puisse être ajournée jusqu'au moment de l'abrogation effective, par les organes nationaux compétents, d'éventuelles mesures nationales en contradiction avec ces normes communautaires, cette abrogation doit-elle être dans tous les cas assortie d'une rétroactivité pleine et entière de façon à éviter que les droits subjectifs ne subissent un préjudice quelconque ? »

La Cour devait, d'abord, rejeter l'argument du gouvernement italien selon lequel les questions posées par le *pretore* étaient devenues sans objet. L'attention de la Cour a été attirée sur le fait que, saisie par les tribunaux de Milan et de Rome, la Cour constitutionnelle italienne, par arrêt du 22 décembre 1977, avait déclaré inconstitutionnelle la loi

(8) Remarquons que, dans la version italienne, la question consiste à savoir si les normes nationales postérieures deviennent « immédiatement inapplicables » (*immediatamente disapplicabile*).

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

de 1970. À cet argument, la Cour a répondu que, « conformément à sa pratique constante », elle se considère valablement saisie aussi longtemps que la demande à titre préjudiciel « n'a pas été retirée par la juridiction dont elle émane, ou mise à néant, sur recours, par une juridiction supérieure » (9). L'arrêt mentionné de la Cour constitutionnelle ne pouvait, a-t-elle conclu, avoir un tel effet.

Pour répondre aux questions posées par le *pretore* de Susa, la Cour devait déterminer certains effets de l'applicabilité directe. À cet égard, G. Bebr observait que « la Cour ne s'est que peu prononcée, et encore avec quelques réserves, sur l'effet d'une disposition directement applicable dans l'ordre juridique national. Étant donné la nature délicate de la question », estimait-il, « cette réserve est compréhensible » (10). Pourtant, la Cour ne se contente pas d'affirmer l'applicabilité directe des normes communautaires. La détermination du sort réservé au droit national incompatible avec le droit communautaire relève également de sa compétence. Ce faisant, la Cour précise les obligations des juridictions nationales tenues à appliquer le droit communautaire et à sauvegarder les droits que celui-ci confère aux particuliers.

I. – L'APPLICABILITÉ DIRECTE
ET LE DROIT NATIONAL CONTRAIRE

La détermination du sort du droit national incompatible avec les normes communautaires ressortit, nous l'avons dit, à la compétence de la Cour de justice lorsqu'elle est appelée à préciser les effets de l'applicabilité directe.

Le problème ne se pose pas en des termes identiques selon qu'il s'agit du droit national antérieur ou postérieur. Pour la Cour, les normes communautaires directement applicables entraîneraient *l'inapplicabilité* du droit national antérieur et *l'inexistence* du droit national postérieur.

A. – L'inapplicabilité du droit national antérieur

La question des effets de l'applicabilité directe s'était généralement posée dans un contexte judiciaire interne. En effet, dans la plupart des cas, il s'agissait de savoir quel comportement devait adopter le juge

(9) Aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, Rec., 1978, p. 629, attendu n° 10. C'est, en effet, une jurisprudence constante. Voy., p. ex., aff. 127/73, *Belgische Radio en Televisie et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV Sabam et NV Fonior*, Rec., 1974, p. 61.

(10) G. BEBR, article précité, C.D.E., 1970, p. 36.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

national en présence d'une incompatibilité entre le droit communautaire applicable au cas d'espèce et son droit national existant.

Cette particularité n'a pas manqué de conditionner la jurisprudence de la Cour. Celle-ci a souvent déclaré que les dispositions ayant un effet direct engendrent des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder. Les formules ont quelque peu varié d'un arrêt à l'autre, mais l'accent était ordinairement mis sur la création de droits au profit des particuliers, que les juridictions nationales doivent protéger. Cependant, l'applicabilité directe revêt une signification plus étendue. Elle exprime l'appartenance du droit communautaire à la légalité nationale interne au sein de laquelle il occupe un rang supérieur à toutes les normes.

Par exemple, dans l'arrêt *Reyners* (11), la Cour utilise l'expression « susceptible d'être invoquée directement par les ressortissants de tous les États membres » pour caractériser les effets d'une disposition directement applicable (12). Dans l'affaire du *Code du travail maritime français* (13), elle considère que les normes directement applicables, en vertu de la primauté, « engendrent dans le chef des intéressés des droits que les autorités nationales doivent respecter et sauvegarder » (14). De même, dans l'affaire 48/71 (15), la Cour affirme que le droit communautaire directement applicable implique « pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité ». C'est aux autorités nationales compétentes, et non seulement aux juridictions, qu'il incombe « de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire » (16).

Dans ce contexte, certains auteurs paraissent estimer que le problème essentiel est celui de l'applicabilité du droit communautaire. Par exemple, W. J. Ganshof van der Meersch écrit : « Le texte de la loi nationale antérieure sera écarté, soit sur la base des règles relatives à la succession des lois dans le temps... soit par application d'un principe analogue à celui qui gouverne les relations entre le droit d'une fédération et celui des États membres... ou d'une autre règle de conflit » (17). Mais qu'advient-il des

(11) Aff. 2/74, *Jean Reyners c. État belge*, *Rec.*, 1974, p. 631.

(12) *Ibid.*, p. 651.

(13) Aff. 167/73, *Commission des Communautés européennes c. République française*, *Rec.*, 1974, p. 359.

(14) *Ibid.*, p. 371.

(15) *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, XVIII, p. 529.

(16) *Ibid.*, p. 534.

(17) « Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des États membres », in *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 41, spéc. p. 48.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

normes nationales incompatibles avec le droit communautaire ? Les dispositions nationales contraires sont-elles simplement écartées ? Doivent-elles être considérées comme inapplicables, inopposables, voire nulles ?

Une large partie de la doctrine considère que le droit communautaire directement applicable entraîne une *abrogation implicite* des dispositions nationales contraires. Ainsi, par exemple, R. Kovar estime que « l'applicabilité directe permet d'annihiler le droit interne contraire à une norme communautaire » et que « la règle directement applicable possède d'abord un effet abrogatif à l'égard des normes étatiques qui lui seraient contraires » (18). J.-V. Louis écrivait en 1969 : « Le règlement a toujours une efficacité directe par laquelle les lois contraires sont automatiquement abrogées » (19). C'est en faveur de cette thèse que se prononcent, parmi d'autres, M. Lagrange (20), L.-J. Constantinesco (21) et C. Constantinides-Megret (22). C'était également la position de l'agent du gouvernement italien dans l'affaire *Simmenthal*.

La Cour ne semble pas, cependant, adhérer strictement à cette conception. Pour elle, le droit national contraire serait *inapplicable*. Ainsi, dans l'arrêt *Lück* (23), elle déclare que l'applicabilité directe « exclut l'application de toute mesure d'ordre interne incompatible » (24). De même, dans l'affaire *Marimex* (25), elle affirme que « l'effet des règlements... s'oppose à l'application de toute mesure législative... incompatible avec leurs dispositions » (26). Plus clairement encore, la Cour proclame dans l'espèce *Code du travail maritime français* (27) que le droit directement applicable engendre au profit des particuliers des droits que les autorités nationales sont tenues de sauvegarder et que, dès lors, « toute disposition contraire du droit interne leur est, de ce fait, devenue inapplicable » (28).

(18) Article précité, *Journ. dr. intern.*, 1973, p. 293.

(19) J.-V. LOUIS, *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, p. 293. Voy., toutefois, du même auteur, « La primauté du droit communautaire », in *Les Recours des individus devant les instances nationales pour violation du droit européen*, Bruxelles, 1978, p. 145.

(20) M. LAGRANGE, « La primauté du droit communautaire sur le droit national », in COLLEGE D'EUROPE, *Droit communautaire et droit national - Semaine de Bruges 1965*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 21.

(21) L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 45.

(22) C. CONSTANTINIDES-MEGRET, *Le droit de la Communauté économique européenne et l'ordre juridique des États membres*, Paris, L.D.G.J., 1967, p. 53.

(23) Aff. 34/67, *Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, *Rec.*, XVI, p. 359.

(24) *Ibid.*, p. 370.

(25) Aff. 84/71, *SpA Marimex c. Ministère des finances de la République italienne*, *Rec.*, XVIII, p. 89.

(26) *Ibid.*, p. 96.

(27) Aff. 167/73, précitée, *Rec.*, 1974, p. 359.

(28) *Ibid.*, p. 371.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

C'est dans ce sens également que la Cour se prononce dans l'arrêt *Simmenthal* où l'on peut lire qu'« en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres... de rendre inapplicable de plein droit... toute disposition contraire de la législation nationale existante » (29).

Mais il semblerait que l'inapplicabilité du droit national antérieur ne soit, pour la Cour, qu'une *conséquence minimale* de l'effet direct. C'est dans ce sens qu'il faudrait, sans doute, comprendre sa réponse dans l'affaire *Lüeck* (30). Dans cette espèce, en effet, le juge du renvoi voulait savoir si les dispositions nationales incompatibles avec le droit communautaire devaient être considérées comme non applicables ou comme nulles. La Cour s'est contentée de dire que, « si l'effet reconnu à l'article 95 du traité exclut l'application de toute mesure d'ordre interne incompatible avec ce texte, cet article ne limite cependant pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire » (31).

En d'autres termes, du fait de l'effet direct du droit communautaire, les normes nationales contraires deviennent, *au moins*, inapplicables. Le juge national reste libre d'appliquer une solution plus radicale suivant les procédures que lui offre son droit national (32).

Mais cette solution ne saurait, cependant, être valable au cas où le droit national contraire serait postérieur au droit communautaire directement applicable. C'est, précisément, ce que l'on croit pouvoir déduire de l'arrêt *Simmenthal*.

(29) Aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629, attendu n° 17. De certaines décisions, l'on pourrait, cependant, déduire qu'une abrogation des mesures nationales incompatibles avec le droit communautaire serait exigée par la Cour. Ainsi, p. ex., dans l'arrêt *Walt Wilhelm*, elle considère qu'il serait contraire au système institué par le traité d'admettre que « les États membres puissent prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles de compromettre l'effet utile du traité » (aff. 14/68, *Walt Wilhelm e.a. c. Bundeskartellamt*, *Rec.*, 1969, p. 1). De même, dans l'arrêt *Code du Travail maritime*, la Cour condamne le *maintien inchangé* de certaines prescriptions législatives françaises (aff. 167/73, *préc.*, *Rec.*, 1974, p. 373). Mais la Cour ne semble pas partager l'opinion de l'avocat général ROEMER selon qui « le législateur lui-même peut ne pas avoir voulu donner la même portée à toutes les dispositions du droit communautaire, en ce sens que, pour certaines, la non-application du droit national qui leur est contraire suffit, tandis que, pour d'autres, les règles du droit national doivent être considérées comme entachées de nullité absolue » (voy. conclusions sous aff. 34/67, *Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, *Rec.*, XIV, p. 359).

(30) Aff. 34/67, *précitée*, *Rec.*, XVI, p. 359.

(31) *Ibid.*, p. 370.

(32) Dans ce sens, R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », observations sous arrêts 33/76 et 45/76, *C.D.E.*, 1977, p. 227, spéc. p. 233.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

B. – L'inexistence du droit national postérieur

Pour l'essentiel, la première question posée à la Cour dans l'affaire *Simmenthal* visait à savoir si le droit communautaire directement applicable entraîne l'inapplicabilité de plein droit (*immediatamente disapplicata*) des normes nationales ultérieures qui lui sont contraires. À cet égard, la Cour a répondu qu'« en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres... – en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres – d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires » (33).

C'est dans cet *attendu* que l'on trouverait l'apport essentiel de l'arrêt. Soulignons-le : le *pretore* de Susa a demandé si le droit national postérieur contraire aux normes communautaires directement applicables devait être considéré comme inapplicable de plein droit. À cette question, la Cour répond qu'en vertu de la primauté, l'effet de l'applicabilité directe est *d'empêcher la formation valable* des actes législatifs postérieurs contraires.

Remarquons d'abord que, dans le passé, la Cour estimait que « l'effet des règlements... s'oppose à l'application de toute mesure législative, même postérieure, incompatible avec leurs dispositions » (34). Dans l'arrêt *Costa-ENEL* qui « offre une véritable théorie générale du droit communautaire et des relations de celui-ci avec le droit interne » (35), la Cour parlait de « l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale qui ne saurait... lui être opposable » (36). L'accent a été surtout mis sur *l'inopposabilité* des normes nationales contraires. Dans cette même affaire, la Cour, se référant à l'article 189 à propos de l'effet direct des règlements, déclare que « cette disposition... serait sans portée si un État pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires » (37).

(33) Aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629, attendu n° 17.

(34) Aff. 84/71, *Marimex*, précitée, *Rec.*, XVIII, p. 89 ; aff. 43/71, *Politi*, *Rec.*, XVII, p. 1049.

(35) W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le droit communautaire et ses rapports avec les droits des États membres », in *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 52.

(36) *Rec.*, X, p. 1159.

(37) *Ibid.*, p. 1160.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

Pour elle, la base juridique de la Communauté serait mise en cause si le droit communautaire pouvait se voir judiciairement opposé un texte interne quel qu'il soit. Contre la limitation définitive des droits souverains étatiques ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté. En outre, les obligations contractées par les États membres envers la Communauté ne seraient pas inconditionnelles, mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires (38).

Certains éléments de cette analyse se retrouvent dans l'arrêt *Simmenthal*. Mais les conséquences que l'on pourrait tirer de ce dernier sont autrement plus radicales.

La Cour déclare que « le fait de reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir législatif de la Communauté, ou autrement incompatibles avec les dispositions du droit communautaire, reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif des engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres, en vertu du traité, et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la Communauté » (39).

Ainsi se trouvent exposés certains aspects de la structure de la Communauté et de ses rapports avec les États membres. Le caractère irrévocable et inconditionnel des engagements étatiques est rappelé. Référence est aussi faite au domaine législatif communautaire pour évoquer le transfert de compétences des États membres à la Communauté. Ce transfert était souvent souligné par la Cour pour caractériser la spécificité de l'ordre juridique communautaire.

Ainsi, dans l'affaire *Van Gend en Loos* (40), la Cour se réfère à l'ordre juridique communautaire « au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains » (41). De même, dans l'arrêt *Costa-ENEL*, elle déclare « qu'en instituant une Communauté... dotée de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains » (42). Dans l'affaire 48/71, la Cour affirme que « l'attribution, opérée par les États membres à la Communauté, de droits et pouvoirs

(38) *Ibid.*, pp. 1159-1160.

(39) Aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629, attendu n° 18.

(40) Aff. 26/62, *Rec.*, IX, p. 1.

(41) *Ibid.*, p. 23.

(42) Aff. 6/64, *Rec.*, X, p. 1141, spéc. p. 1159.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

correspondant aux dispositions du traité entraîne, en effet, une limitation définitive de leurs droits souverains » (43).

De ce transfert de pouvoirs entraînant une limitation définitive de souveraineté résulterait, pour les États membres, une *incapacité absolue* d'intervenir dans les matières relevant de la compétence communautaire ou d'agir contrairement au droit communautaire. Certains auteurs adoptent, en effet, cette position en abordant le problème du conflit éventuel entre le droit communautaire et une disposition nationale contraire. Ainsi, N. Catalano considère que « l'application de l'ordre juridique communautaire exclut *per se...* l'adoption de normes internes, puisqu'il exclut la compétence des États membres... L'attribution de compétence aux Communautés, impliquant l'incompétence des États membres, caractérise la prééminence de l'ordre juridique communautaire sur l'ordre juridique interne et permet la solution des conflits éventuels » (44). Selon cet auteur, l'adoption d'une loi contraire aux attributions de compétences communautaires constitue un abus de pouvoir, voire une véritable usurpation de pouvoirs (45).

À propos de l'arrêt *Marimex*, R. Kovar écrit : « L'effet des règlements s'oppose à l'application de toute mesure législative, même postérieure, incompatible avec leurs dispositions. C'est que les autorités nationales sont, en principe, incompétentes. Il leur est donc interdit de prendre des mesures susceptibles d'affecter la portée de la réglementation communautaire » (46).

L'incapacité des États membres d'adopter des mesures contraires au droit communautaire a été soutenue par une partie de la doctrine allemande. Surtout, selon C. F. Ophüls, « *Wenn der Staat hier ein der Gemeinschaft widersprechendes Gesetz erlassen hat, so tut er indem er ausserhalb seiner Souveranität handelt, etwas was er rechtlich nicht tun kann* » (47). H. P. Ipsen présentait ainsi la position de C. F. Ophüls : « ... le législateur... aurait perdu toute compétence dans le domaine où il a transféré sa souveraineté, ce qui aurait pour conséquence en droit, que le législateur... serait devenu juridiquement incapable de légiférer dans

(43) *Rec.*, XVIII, p. 529, spéc. p. 535.

(44) N. CATALANO, « La position du droit communautaire dans le droit des États membres », in COLLEGE D'EUROPE, *Droit communautaire et droit national – Semaine de Bruges 1965*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 55, spéc. pp. 78-79.

(45) *Ibid.*, p. 79.

(46) Article précité, *Journ. dr. intern.*, 1973, pp. 293-294.

(47) C. F. OPHÜLS, « Le problème des dispositions directement applicables (*self-executing*) des traités internationaux et son application aux traités instituant les Communautés », in *Deuxième Colloque international de droit européen* (La Haye, 24-26 octobre 1963), N.V. Uitgeversmaatschappij W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1966, p. 203, spéc. p. 227.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

ce domaine. Non seulement donc il ne serait plus autorisé à légiférer... mais de plus, il serait devenu incapable de légiférer. Dans cette question de conflit et de hiérarchie, la réponse résulterait ainsi de ce qu'elle ne pourrait même pas se poser au sens juridique » (48).

De même, selon A. Ruppert, dans le domaine couvert par le traité, l'État ne peut pas intervenir par un acte d'autorité, même conforme au droit communautaire : « *Staatliche Organe handeln von vornherein unbefugt, so dass ihre Hoheitsakte ungültig sind, ohne sich erst an Gemeinschaftsakten brechen zu müssen* » (49).

C'est précisément cette conception qui paraît être celle de la Cour dans l'arrêt *Simmmenthal*. Lorsqu'elle déclare que le droit communautaire directement applicable empêche la formation valable de nouveaux actes législatifs contraires, elle semble consacrer l'incompétence des autorités nationales pour adopter de telles mesures.

Certains indices de cette conception apparaissent déjà dans des arrêts antérieurs. Par exemple, dans l'affaire *Walt Wilhelm* (50), la Cour déclare qu'admettre que les États membres puissent *prendre ou maintenir en vigueur* des mesures susceptibles de compromettre l'effet utile du traité serait contraire à la nature même du système communautaire. De même, dans l'arrêt *Bollmann*, elle estime que « dans la mesure où les États membres ont attribué à la Communauté des pouvoirs normatifs en matière tarifaire... ils n'ont plus le pouvoir d'édicter des dispositions normatives en ce domaine » (51).

Toute mesure nationale empiétant sur le domaine réservé à la Communauté ou autrement incompatible avec le droit communautaire serait donc entachée *d'incompétence externe*. La sanction d'une telle incompétence consisterait en *l'inexistence* de la mesure adoptée.

À cet égard, on peut évoquer l'arrêt 6 et 11/69 (52). Dans cette affaire, le gouvernement français avait contesté la légalité d'une décision de la Commission qui, en raison de l'expiration du délai, ne pouvait plus être annulée par la Cour. Le grief formulé à l'encontre de cette décision s'attachait au fait qu'elle relevait de la compétence exclusive des États membres, domaine dans lequel la Commission ne pouvait intervenir. Constatant que la décision en question était devenue définitive, la Cour

(48) *Ibid.*, pp. 282-283. Voy. la discussion de ces arguments par J.-V. LOUIS, *Les règlements de la Communauté économique européenne*, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, pp. 395-398.

(49) A. RUPPERT, *Die Integrationsgewalt*, Hambourg, 1969, p. 138, cité par J.-V. LOUIS, « Compétences des États dans la mise en œuvre du règlement », *C.D.E.*, 1971, p. 630.

(50) Aff. 14/68, *Rec.*, XV, p. 15.

(51) Aff. 40/69, *Rec.*, XVI, p. 80.

(52) Aff. jtes 6 et 11/69, *Commission des Communautés européennes c. République française*, *Rec.*, XV, p. 523.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

a, néanmoins, déclaré que, si l'affirmation du gouvernement français était fondée, « la décision susvisée manquerait de toute base juridique dans l'ordre juridique communautaire » (53). En suivant les conclusions de l'avocat général Roemer, la Cour a examiné la validité de la décision communautaire (54).

Certes, la Cour n'a pas prononcé le terme d'inexistence. L'avocat général, lui, parlait de nullité de plein droit (55). Mais une doctrine autorisée a cru pouvoir soutenir qu'il s'agissait bien dans cet arrêt de l'inexistence de la décision communautaire pour vice d'incompétence externe. R. Kovar s'est demandé dans quelle mesure cet arrêt signifiait qu'il fallait « établir une distinction entre "l'incompétence interne", empiètement d'une institution sur le domaine d'une autre, et "l'incompétence externe", consistant en une intervention communautaire dans des matières faisant partie des compétences exclusives des États membres » (56). Pour Ph. Cahier, « il y aurait une incompétence particulièrement grave, qui serait celle où l'organe prend une décision dans un domaine étranger au traité, dans le domaine réservé aux États membres, et puis il y aurait tous les autres cas d'incompétence... La conséquence en serait, dans le premier cas, l'inexistence de l'acte communautaire attaqué, alors que, dans le deuxième cas, on devrait procéder à son annulation... ». « Sans doute », conclut l'auteur, « la Cour n'a pas prononcé les termes d'inexistence mais c'est seulement en faisant appel à cette notion que l'on peut comprendre son raisonnement » (57).

Indéniablement, des différences significatives existent entre l'affaire ci-dessus évoquée et l'affaire *Simmenthal*. Dans la première, il s'agissait de la procédure en constatation de manquement, dans la seconde, la Cour était saisie dans le cadre de la procédure préjudicielle. De plus, alors que l'inexistence serait attachée, dans l'affaire française, à une décision communautaire, elle s'appliquerait ici, au contraire, à une loi nationale. Rien n'interdit, pourtant, de transposer le même raisonnement à notre affaire. Le problème essentiel est ici de savoir

(53) *Ibid.*, p. 540.

(54) Selon J.-V. LOUIS : « C'est parce qu'il s'agissait d'une procédure en constatation de manquement... que la Cour a cru devoir contrôler la régularité *prima facie* de la décision », « Ordre public communautaire et intérêts des États dans la procédure en constatation de manquements », in *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, t. 2, p. 225, spéc. p. 231. Nous ne pouvons pas partager cette opinion. Pour une discussion de ce problème, voy. G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 263-266.

(55) Conclusions de l'avocat général K. ROEMER sous aff. jtes 6 et 11/69, *Commission des Communautés européennes c. République française*, *Rec.*, XV, p. 523, spéc. p. 552.

(56) *Journ. dr. intern.*, 1971, p. 401.

(57) *C.D.E.*, 1970, pp. 580-581. C'est également la position de J. MERTENS DE WILMARS et I. VEROUGSTRAETE, *Comm. M.L.Rev.*, 1970, pp. 385-406, spéc. p. 400.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

dans quelle mesure la Cour est en droit, à propos de l'article 177, de qualifier la condition juridique des actes nationaux.

À cet égard, il faut d'abord souligner que, lorsque la Cour, à propos de l'applicabilité directe, déclare que les normes nationales antérieures contraires sont devenues inapplicables, elle procède déjà à une définition du sort du droit national. Cette compétence de la Cour a été contestée par le gouvernement allemand dans l'affaire *Lück* (58). Dans cette affaire, celui-ci a, en effet, soutenu que l'article 177 ne permettait pas à la Cour de se prononcer sur la portée et le sort des dispositions nationales contraires au droit communautaire. Rejetant cet argument, la Cour a considéré que la question du juge de renvoi, portant sur le point de savoir si les dispositions nationales contraires devaient être déclarées nulles ou inapplicables, visait « à élucider les conséquences de la primauté de la règle communautaire » (59). Si la Cour n'a pas tranché, en des termes aussi catégoriques que l'aurait souhaité le juge de renvoi, elle s'est déclarée, cependant, compétente pour le faire.

Sans doute, dans l'affaire *Salgoil* (60), la Cour a déclaré qu'il appartenait au droit national de qualifier les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire ainsi que de désigner les juridictions nationales compétentes pour les sauvegarder. Mais elle a affirmé, en même temps, que la question visant à savoir en quoi consiste la protection juridique accordée aux particuliers devait être considérée comme complétant celle relative à l'effet direct, « puisqu'elle tend à savoir quelles sont la nature et la portée de l'effet que le traité attribue aux dispositions en cause » (61).

Mais, dans cette affaire, il ne s'agissait pas de définir la condition juridique des dispositions nationales à la suite de la reconnaissance de l'applicabilité directe. Était en cause la qualification, selon les catégories propres au droit italien, des droits conférés aux individus par le droit communautaire. D'ailleurs, la réticence de la Cour a été critiquée par certains. Notamment, J. Boulouis et R.-M. Chevallier écrivent : « Il n'est certes pas douteux qu'il appartienne à chaque ordre juridique interne et à lui seul de déterminer suivant ses propres critères quel est le juge national compétent pour connaître une action engagée par tel de ses ressortissants. Mais cela n'implique absolument pas que, du même coup, il revienne aussi à ce seul ordre juridique de qualifier, et, qui plus est, suivant ses propres critères, les droits en cause lorsque ceux-ci

(58) Aff. 34/67, précitée, *Rec.*, XIV, p. 359.

(59) *Ibid.*, p. 370.

(60) Aff. 13/68, *Rec.*, XIV, p. 661.

(61) *Ibid.*, p. 675.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

découlent directement de l'ordre juridique communautaire. Sauf à en altérer la nature et la portée, des droits ne peuvent être qualifiés que par rapport à l'ordre juridique où ils prennent naissance et en fonction des exigences de cet ordre » (62).

Ainsi, la formule de la Cour dans l'arrêt *Simmenthal*, selon laquelle les dispositions directement applicables ont pour effet d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs incompatibles avec les normes communautaires, signifierait que de tels actes ne sauraient juridiquement exister. Par conséquent, aucun conflit ne pourrait se concevoir et le juge national devrait appliquer le seul droit valablement en vigueur, c'est-à-dire le droit communautaire.

Aussi, la mention de l'obligation du juge de laisser inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale postérieure, figurant aux *attendus* n^{os} 21 et 24 de l'arrêt, serait-elle superflue.

Cette solution est conforme à la conception que se fait la Cour de la limitation définitive des droits souverains des États membres. Elle paraît particulièrement justifiée lorsqu'on considère que, selon la jurisprudence, les délais de recours nationaux s'appliquent aux actions – même celles fondées sur le droit communautaire – introduites devant les juridictions internes (62*bis*).

La position de la Cour affecte nécessairement la fonction des juridictions nationales. Tenus d'appliquer les règles communautaires, les juges nationaux voient l'exercice de leur rôle soumis au respect des exigences propres au droit communautaire.

(62) J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 142-143. Et les auteurs poursuivent : « Si la sanction de ces droits dépend d'un autre ordre juridique, celui-ci doit accueillir cette qualification comme une donnée acquise dont il lui appartient seulement de tirer les conséquences appropriées pour que cette sanction soit effective, et non pas considérer qu'il s'agit d'un problème préalable qu'il lui incombe de résoudre suivant ses propres critères. Que signifie sinon le caractère direct et que devient l'exigence d'application uniforme, s'agissant des droits qui, pour être communautaires, n'en verront pas moins leur qualification, c'est-à-dire la détermination de leur nature, de leur contenu et de leur portée, abandonnée à la diversité des analyses des systèmes nationaux. C'est pourquoi, il n'est pas exagéré de penser que, sans s'immiscer dans la résolution de problèmes qui, assurément, ne lui appartiennent pas, la Cour, en tant qu'elle doit veiller à l'interprétation et à l'application du droit communautaire, pouvait conserver pour elle la réponse à la question de qualification des droits qu'elle déclare directement issus de celui-ci. Il est possible que, pour un ordre juridique national déterminé, cette réponse, exclusivement instruite des seules données du droit communautaire, préjuge du partage de compétences entre juridictions internes. Mais considérer cette conséquence qui, au demeurant, n'aurait rien de général, comme une immixtion, consiste en réalité à tenir compte, en sens inverse et de manière négative, de considérations étrangères au droit communautaire ».

(62*bis*) Voy. aff. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, *Rec.*, 1976, p. 1989 ; aff. 45/76, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, *Rec.*, 1976, p. 2043. Voy. observations par R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *C.D.E.*, 1977, p. 230.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

II. – L'APPLICABILITÉ DIRECTE
ET LE RÔLE COMMUNAUTAIRE DU JUGE NATIONAL

Ainsi que l'écrit J. Rideau, « la charge des juridictions nationales dans l'application du droit communautaire est lourde et leur responsabilité capitale pour l'avenir de la construction européenne » (63). Certes, le droit communautaire dans son ensemble concerne les différentes autorités étatiques, mais ce sont les normes directement applicables qui sont souvent en cause au contentieux, et ce sont elles qui intéressent, en premier lieu, le juge national. Comme le dit la Cour, les dispositions directement applicables « obligent les autorités et notamment les juridictions compétentes des États membres à sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance éventuelle desdites dispositions » (64). D'ailleurs, c'est au juge italien « en tant qu'organe d'un État membre » qu'elle s'adresse dans l'affaire *Simmenthal* (65).

Lorsque la Cour déclare l'effet direct des normes communautaires, elle insiste surtout sur la création de droits au profit des particuliers et souligne que ces droits doivent être respectés et sauvegardés par les juridictions nationales. En effet, « chaque fois qu'une règle communautaire confère des droits aux particuliers, ces droits... peuvent être sauvegardés au moyen d'actions portées devant les juridictions compétentes » (66). Une mission communautaire est ainsi confiée aux organes judiciaires nationaux. Ceux-ci bénéficient, à l'instar des autres organes étatiques, d'une autonomie procédurale dans la mise en œuvre du droit communautaire. Mais cette autonomie n'est pas entière. Elle est soumise au respect des impératifs fondamentaux tenant à la finalité de la Communauté. Comme le note R. Kovar, « trois principes concourent à cette limitation, respectivement, l'uniformité, l'immédiateté et la supériorité du droit communautaire » (67). Surtout, « la règle communautaire doit s'imposer avec la même force dans tous les États membres » (68), et un degré d'effectivité uniforme doit lui être attribué (69).

(63) J. RIDEAU, « Le rôle des États dans l'application du droit communautaire », *Ann. fr. dr. intern.*, 1972, p. 864, spéc. p. 900.

(64) Aff. 13/68, *Salgoil, Rec.*, XIV, p. 675.

(65) Aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal, Rec.*, 1978, p. 629, attendu n° 16.

(66) Aff. 28/67, *Molkerei-Zentrale, Rec.*, XIV, p. 227.

(67) Voy., p. ex., R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *C.D.E.*, 1977, p. 230, spéc. p. 232.

(68) Aff. 28/67, précitée, *Rec.*, XIV, p. 228.

(69) R. SAINT-ESTEBEN, *Droit communautaire et droits nationaux*, Paris, L.G.D.J., 1967, p. 28.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

Pour l'essentiel, c'est l'effet utile du droit communautaire qui domine les préoccupations de la Cour. À cet égard, le président Lecourt écrit : « Qu'est donc, en fin de compte, cet "effet utile" des traités sur lequel veille la Cour de justice avec tant de soin ? C'est pour le juge l'obligation d'appliquer et d'interpréter leurs dispositions de manière telle que, dans l'ensemble du domaine dévolu à la règle communautaire, celle-ci puisse développer l'intégralité de ses conséquences communautaires, de droit ou de fait, actuelles ou potentielles, sans être gênée, ni à plus forte raison entravée, par aucun obstacle juridique national non expressément réservé » (70).

L'obstacle juridique national en cause dans l'affaire *Simmenthal* était, surtout, la position de la Cour constitutionnelle italienne. Certes, celle-ci n'était pas expressément désignée par la question adressée à la Cour qui ne pouvait qu'être formulée en des termes abstraits, mais clairement, c'est la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui était visée par le *pretore* de Susa.

Selon cette jurisprudence, exprimée surtout par l'arrêt du 22 octobre 1975, le juge italien saisi d'une affaire n'est pas lui-même habilité à écarter la loi postérieure incompatible avec la règle communautaire. Il doit saisir préalablement la Cour constitutionnelle et attendre que celle-ci déclare l'inconstitutionnalité de la loi (71).

Le problème posé devant la Cour de justice consistait donc de savoir dans quelle mesure cette règle procédurale nationale, liant les juridictions inférieures, était compatible avec le droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 1975, L. Plouvier a justement remarqué que « l'applicabilité directe des règlements n'est pas immédiate, mais suspendue jusqu'au moment où la mesure interne qui les a contredits ou reproduits, aura été déclarée inconstitutionnelle par la Cour » (72).

C'est, précisément, sur l'effet de cette jurisprudence que la Cour de justice était invitée à se prononcer (73). Avant de répondre à cette

(70) R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 240.

(71) Cour constitutionnelle italienne, arrêt du 22 octobre 1975, *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 396.

(72) L. PLOUVIER, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne du 22-10-1975 », *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, pp. 293-294.

(73) Discutant l'article 23 de la loi italienne du 11 mars 1953 réglementant la composition et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle italienne, M. LAGRANGE, dans ses conclusions sous l'affaire *Costa c. ENEL*, a brièvement évoqué ce problème. Il estimait que « la seule question qui, peut-être, se posait, est celle de savoir si, s'agissant en l'espèce d'une loi, le juge serait en droit d'en refuser l'application au cas où, à la suite de l'interprétation donnée par la Cour de justice, il serait amené à reconnaître que cette loi est contraire au traité. Autrement dit, les juges autres que la Cour constitutionnelle italienne sont-ils tenus, en tout état de cause, de renvoyer l'affaire devant la Cour constitutionnelle ? Sinon, il est certain que le juge aurait dû se borner au renvoi

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

question, la Cour rappelle certaines caractéristiques essentielles des dispositions communautaires directement applicables. Elle déclare que l'applicabilité directe « signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme dans tous les États membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité » (74). Ainsi se trouvent exposées les considérations qui lui permettront d'apprécier si l'effet « retardateur » résultant de la position de la Cour constitutionnelle italienne, puisque c'est bien de cela qu'il s'agissait, était conforme aux exigences du droit communautaire.

C'est, en fait, la notion d'« effet immédiat » dans son sens littéral qui prend ici tout son relief. On sait l'importance accordée par la Cour à l'applicabilité immédiate du droit communautaire. À propos du recours en constatation de manquement, elle considère que l'exécution tardive des obligations communautaires peut, en elle-même, constituer une violation du traité (75). Un tel manquement peut exister, non seulement lorsque le délai prévu n'a pas été respecté (76), mais aussi, en l'absence d'une disposition expresse relative au délai, il peut résulter du défaut d'exécution dans un délai raisonnable (77). Ce sont les impératifs d'uniformité et d'efficacité qui guident la Cour dans sa jurisprudence. À cet égard, on peut évoquer les termes de l'arrêt 48/71 (78), dans lequel la Cour a déclaré que « la réalisation des buts de la Communauté exige que les règles du droit communautaire... s'appliquent au même moment et avec des effets identiques sur toute l'étendue du territoire de la Communauté sans que les États membres puissent y opposer des obstacles quels qu'ils soient » (79). Dans une autre affaire, elle considère que « sont contraires au traité toutes modalités d'exécution

devant cette dernière, sauf à elle à vous demander l'interprétation du traité. Mais Messieurs, il s'agit là de questions relatives au partage de compétence interne entre les juridictions d'un État membre, questions dans lesquelles il ne vous appartient pas de vous immiscer », *Rec.*, X, pp. 1181-1182.

(74) Aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629, attendu n° 14.

(75) *Voy.*, p. ex., aff. 39/72, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, 1973, p. 101 ; aff. 52/75, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, 1976, p. 277.

(76) *Voy.*, p. ex., aff. 95/77, *Commission des Communautés européennes c. Royaume des Pays-Bas*, *Rec.*, 1978, p. 863, et aff. 100/77, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, 1978, p. 879.

(77) *Voy.*, p. ex., aff. 31/69, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, XVI, p. 25, et aff. 30/72, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, 1973, p. 161.

(78) *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, XVIII, p. 529.

(79) *Ibid.*, pp. 534-535.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

dont la conséquence pourrait être de faire obstacle à l'effet direct des règlements communautaires et de compromettre ainsi leur application simultanée et uniforme dans l'ensemble de la Communauté » (80).

Ces décisions ne sont pas intervenues exactement à propos de la mise en œuvre judiciaire des normes communautaires. Elles expriment, cependant, des exigences qui s'attachent à l'ensemble du droit communautaire. Dès lors, la réponse de la Cour dans l'affaire *Simmenthal* ne pouvait donner lieu à des doutes.

Dans son arrêt, la Cour ne discute pas les arguments avancés par l'agent du gouvernement italien. Selon ce dernier, le système prévu par le droit italien, loin d'être incompatible avec le droit communautaire, lui serait particulièrement favorable. Pour l'essentiel, il observait qu'une déclaration d'inconstitutionnalité éliminerait la loi contraire de la législation nationale et aurait un effet *erga omnes*, alors qu'une décision éventuelle du juge national n'aurait qu'un effet limité *inter partes*, la loi nationale restant en vigueur. Certes, le gouvernement italien reconnaissait que, selon l'article 136 de la Constitution, la règle déclarée inconstitutionnelle est abrogée seulement à partir du jour qui suit la publication de la décision de la Cour constitutionnelle, mais une telle décision aurait un certain effet rétroactif, puisque seules les situations devenues définitives et irrévocables ne seraient pas affectées par elle.

Quant à la Commission, elle admettait que la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne constituait un progrès appréciable par rapport à la situation antérieure. Elle estimait, cependant, que l'interdiction faite au juge national d'appliquer le droit communautaire aussi longtemps que la loi postérieure n'a pas été éliminée par la Cour constitutionnelle est incompatible avec le principe de la primauté du droit communautaire. Tout en reconnaissant qu'une déclaration d'inconstitutionnalité pourrait être utile, l'agent de la Commission a soutenu qu'elle ne devait pas se substituer, devenant obligatoire, à la voie directe que le juge national doit suivre dans tout autre cas, qui consiste à appliquer la règle communautaire.

En des termes clairs, la Cour déclare que serait « incompatible avec les exigences du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire... » (81). Cette formule, on le voit, ne concerne

(80) Aff. 39/72, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, 1973, p. 101, spéc. pp. 113-114.

(81) Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, attendu n° 22.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

pas seulement des règles jurisprudentielles. Elle vise l'ensemble des dispositions, règles et pratiques nationales, de nature à constituer un obstacle à la pleine et immédiate efficacité du droit communautaire. C'est sans doute la signification fondamentale que la Cour attache à l'efficacité du droit communautaire qui explique les termes employés.

En ce qui concerne plus particulièrement le juge national, celui-ci « a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire » (82) et d'assurer le plein effet des normes communautaires de sa propre autorité (83). Il a, en outre, l'obligation de laisser inappliquée « toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire » (84).

Visant plus particulièrement la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne, la Cour déclare qu'il serait incompatible avec le droit communautaire si, « dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit communautaire et une loi nationale postérieure, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit communautaire, investi d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire » (85). En effet, il n'a pas été contesté que la Cour constitutionnelle reconnaît la primauté du droit communautaire et déclarerait l'inconstitutionnalité de la loi nationale postérieure. Était en cause, plus spécialement, l'inévitable délai qui résulterait de cette procédure pour l'application des normes communautaires. C'est, précisément, ce que condamne la Cour en déclarant illégal tout obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité du droit communautaire.

Plus généralement, le droit communautaire s'oppose à tout ce qui aurait pour effet de diminuer son efficacité « par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires » (86).

Ainsi, le juge italien n'est pas seulement autorisé à ne pas suivre sa Cour constitutionnelle, il lui est *interdit* de le faire. En effet, « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein

(82) *Ibid.*, attendu n° 21.

(83) *Ibid.*, attendu n° 24.

(84) *Ibid.*, attendu n° 21.

(85) *Ibid.*, attendu n° 23.

(86) *Ibid.*, attendu n° 22.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (87). Ainsi s'affirme l'immédiateté judiciaire, corollaire de l'immédiateté normative (88).

Ce n'est pas la première fois, en effet, que la Cour précise la position des juridictions inférieures vis-à-vis de leurs Cours suprêmes. Dans l'affaire *Rheinmühlen* (89), à propos du renvoi préjudiciel, elle a déjà déclaré que « l'existence en droit interne d'une règle liant les juridictions à l'appréciation portée en droit par une juridiction de degré supérieur ne saurait de ce seul fait les priver de la faculté prévue à l'article 177 de saisir la Cour de justice » (90). Pour reprendre la formule de J. Boulouis, la Cour « relativise la dépendance hiérarchique des juridictions inférieures » (91).

Lorsque les juridictions nationales sont appelées à appliquer le droit communautaire, elles participent à la fonction juridictionnelle communautaire et sont soumises, dès lors, à des considérations qui peuvent les affranchir de certaines règles procédurales nationales et, parfois même, les obliger à les ignorer. Dans un autre contexte, R. Kovar l'a clairement exprimé : « L'injonction adressée au juge interne d'écarter un prescrit national reconnu incompatible avec une norme communautaire directement applicable, en s'affranchissant éventuellement des règles limitant sa compétence, n'est que la concrétisation d'une conception selon laquelle la supériorité du droit communautaire lui appartient en propre, indépendamment des dispositions nationales. Il ne serait pas excessif de soutenir que la fonction assumée par le juge étatique le fait participer à l'ordre juridique des Communautés. Dès lors, ses pouvoirs se définiraient par référence à cette appartenance » (92). En assumant leur fonction communautaire, les juges nationaux doivent respecter les exigences propres au droit communautaire. Ils ne sont pas autorisés, ni à plus forte raison tenus, d'appliquer des règles nationales quelles qu'elles soient, qui ont pour effet d'affecter la pleine et immédiate efficacité du droit communautaire.

(87) *Ibid.*, attendu n° 24.

(88) La formule est de R. KOVAR, *C.D.E.*, 1977, p. 237.

(89) Voy. aff. 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, *Rec.*, 1974, p. 38.

(90) *Ibid.*, p. 39.

(91) *Ann. fr. dr. intern.*, 1974, p. 425.

(92) *C.D.E.*, 1977, p. 234.

LES EFFETS DU DROIT COMMUNAUTAIRE DIRECTEMENT APPLICABLE

CONCLUSION

L'arrêt *Simmenthal* n'est pas dépourvu de certaines ambiguïtés. Surtout, si l'on considère que les États membres ne sont plus juridiquement en droit d'adopter des mesures empiétant sur le domaine réservé à la Communauté, ou autrement incompatibles avec les dispositions du droit communautaire, le problème général du conflit entre droit communautaire et droit national postérieur ne se trouve-t-il pas nécessairement réglé dans le sens qu'il ne saurait juridiquement exister ?

C'est, en vérité, la conséquence logique et justifiée du transfert des compétences étatiques à la Communauté que l'arrêt *Simmenthal* ne fait que préciser. En affirmant que le droit communautaire directement applicable a pour effet d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux contraires, et que reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine législatif communautaire ou autrement incompatibles avec le droit communautaire mettrait en question les bases mêmes de la Communauté, la Cour n'a-t-elle pas rendu la question du *pretore* de Susa, en quelque sorte, sans objet ? Il ne peut pas s'agir d'une contrariété ; il ne peut y avoir conflit entre droit communautaire et droit national postérieur, ce dernier ne pouvant juridiquement exister. Ainsi, les juridictions nationales doivent appliquer immédiatement le droit communautaire, en tirant les conséquences éventuelles de l'inexistence des dispositions nationales postérieures intervenant dans le domaine législatif communautaire ou autrement incompatibles avec le droit communautaire.

Malgré ses ambiguïtés, l'arrêt *Simmenthal* marquerait une date dans l'histoire de la jurisprudence européenne. Il se situe dans la même ligne de décisions que *Van Gend en Loos*, *Costa-ENEL* et *A.E.T.R.*, pour ne citer que les principales. Ainsi, les effets de l'applicabilité directe et le rôle des juges nationaux sont précisés. L'efficacité du droit communautaire et la protection juridictionnelle des particuliers se trouvent renforcées.

Mais cet arrêt n'est qu'un maillon dans la chaîne évolutive du progrès que la Cour fait faire au droit communautaire. Procédant d'une logique à la fois solide et cohérente, il exprime ainsi l'irréversibilité de l'intégration et témoigne de sa réalité.

- 4 -

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT DU CONSEIL D'ÉTAT DE FRANCE DANS L'AFFAIRE MINISTRE DE L'INTÉRIEUR C. COHN-BENDIT

L'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État de France du 22 décembre 1978 dans l'affaire *Cohn-Bendit*(1) a suscité un grand intérêt non seulement en France(2), mais aussi dans d'autres pays membres de la Communauté européenne(3). Sa notoriété provient essentiellement de l'opposition qu'il exprime à l'égard d'une jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. À son propos, les commentateurs parlent de « volonté de s'insurger contre la jurisprudence de la Cour de justice »(4), d'une « véritable provocation »(5), d'un « affrontement direct avec la Haute juridiction communautaire »(6) et d'une « confrontation »(7). D'autres y voient un « acte de rébellion »(8), un « acte de résistance »(9) et « une révolte contentieuse »(10). Cette terminologie, peu courante dans les notes de jurisprudence et commentaires des décisions judiciaires, est un indice révélateur de la signification attribuée à cette décision, « l'une des plus importantes que le Conseil d'État ait rendues en matière de droit communautaire »(11).

(1) *Lebon*, p. 524.

(2) Voy. J. BOULOUIS, « L'applicabilité directe des directives. À propos d'un arrêt *Cohn-Bendit* du Conseil d'État », *R.M.C.*, 1979, n° 225, p. 104 ; L. DUBOIS, *Rev. trim. dr. eur.*, 1979, p. 169 ; O. DUTHELLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *A.J.D.A.*, 1979, n° 3, p. 27 ; B. GOLDMAN, *Journ. dr. intern.*, 1979, p. 591 ; G. ISAAC, « Le juge administratif français et les directives communautaires », *C.D.E.*, 1979, p. 267 ; R. KOVAR, *J.C.P.*, 1979, II, n° 19158 ; A. LYON-CAEN, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1979, p. 649 ; B. PACTEAU, *D.S.*, 1979, jur., p. 162 ; D. RUZIE, *Gaz. Pal.*, 1979, n°s 140-142, jur., p. 14 ; Ch. VALLEE, « Statut des étrangers : problèmes d'expulsion et d'extradition », *Rev. gén. dr. internat. publ.*, 1979, p. 834 ; J.-Y. VINCENT, « L'arrêt *Cohn-Bendit* et le "statut" des étrangers », *Rev. Adm.*, 1979, p. 630.

(3) Voy. R. BIEBER, *Europarecht*, 1979, p. 294 ; J. P. G. KAPTEYN, *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1979, p. 407 et *Comm. M.L.Rev.*, 1979, p. 701 ; M. SIMON et F. E. DOWRICK, « Effect of EEC directives in France: the views of the Conseil d'État », *The Law Quarterly Review*, 1979, p. 376 ; Ch. TOMUSCHAT, « La justice, c'est moi. Zum Cohn-Bendit Urteil des französischen Conseil d'État vom 22.12.1978 », *EuGRZ-Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1979, p. 257.

(4) L. DUBOIS, *Rev. trim. dr. eur.*, 1979, p. 179.

(5) G. ISAAC, *C.D.E.*, 1979, p. 276.

(6) R. KOVAR, *J.C.P.*, 1979, II, n° 19158.

(7) R. KOVAR, *ibid.*

(8) A. LYON-CAEN, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1979, p. 650 ; B. PACTEAU, *D.S.*, 1979, jur., p. 162.

(9) A. LYON-CAEN, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1979, p. 652.

(10) B. PACTEAU, *D.S.*, 1979, jur., p. 162 ; Ch. VALLEE, *Rev. gén. dr. internat. publ.*, 1979, p. 835.

(11) L. DUBOIS, *Rev. trim. dr. eur.*, 1979, p. 169.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

Les faits de l'espèce sont les suivants. De nationalité allemande, Daniel Cohn-Bendit, alors qu'il était étudiant en sociologie à la Faculté des lettres de Nanterre, avait fait l'objet d'un arrêté d'expulsion pris par le ministre de l'Intérieur de l'époque, M. Christian Fouchet, en raison du rôle qu'il avait joué dans les événements de mai. La légalité de cet arrêté a été reconnue par le Conseil d'État le 9 janvier 1970 (12). Titulaire d'un contrat de travail avec le Nouvel Office de diffusion, daté du 19 novembre 1975 qui lui réservait le poste de directeur littéraire adjoint, M. Cohn-Bendit s'adressa, le 9 décembre 1975, au ministre de l'Intérieur M. Poniatowski, sollicitant l'abrogation de l'arrêté d'expulsion le concernant. Deux mois plus tard, le 2 février 1976, le ministre rejeta sa requête indiquant à M. Cohn-Bendit qu'elle n'était pas susceptible de recevoir une suite favorable. Cette décision de refus a été déferée par M. Cohn-Bendit au Tribunal administratif de Paris. Devant ce dernier, celui-ci a soutenu qu'en raison du changement des circonstances et du fait qu'il ne représentait plus de danger pour l'ordre public, la décision du ministre était entachée, tant d'erreurs de droit que d'une erreur manifeste d'appréciation (13). Mais, surtout, M. Cohn-Bendit invoquait certaines dispositions du droit communautaire relatives à la liberté de circulation des travailleurs (14).

Parmi celles-ci, c'est l'article 6 de la directive du Conseil n° 64/221 du 25 février 1964 « pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » qui a notamment été cité (15).

Aux termes de cet article, « les raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique qui sont à la base d'une décision le concernant sont portées à la connaissance de l'intéressé, à moins que des motifs intéressant la sûreté de l'État ne s'y opposent ». Selon M. Cohn-Bendit, la décision du ministre était entachée de vice de forme puisqu'elle n'était pas expressément motivée. Se posait, dès lors, une question d'interprétation du droit communautaire.

Le 21 décembre 1977, le Tribunal administratif de Paris a décidé de surseoir à statuer et de saisir la Cour de justice des Communautés

(12) *Lebon*, p. 15.

(13) Ceci en conformité avec une jurisprudence du Conseil d'État *Bellounis*, 20 novembre 1974, *Lebon*, p. 571, cité par G. ISAAC, *C.D.E.*, 1979, p. 275, note 13.

(14) Le principe de la libre circulation des travailleurs est énoncé par l'article 48 du Traité de la CEE : « La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition ».

(15) *J.O.C.E.*, n° 850/64, 4 avril 1964.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

européennes de deux questions préjudicielles au titre de l'article 177 du traité (16). En premier lieu, le tribunal désirait savoir :

« si, en refusant de mettre fin aux effets d'un arrêté d'expulsion pris antérieurement à l'encontre d'un ressortissant d'un État membre de la Communauté et en s'opposant de ce fait au retour et au séjour en France de cet étranger désirant y revenir pour exercer l'activité professionnelle qui lui a été offerte par une entreprise, le ministre prend une mesure spéciale au sens de la directive n° 221 du 25 février 1964 ? »

Au cas où cette question recevrait une réponse affirmative, le tribunal en a formulé une seconde :

« dès lors que le ministre ne soutient pas que la sûreté de l'État s'opposait à la communication des motifs de sa décision, s'il est tenu de communiquer à l'intéressé ces motifs au moment même où la décision est notifiée, ou si, au contraire, la communication de ces motifs, à l'occasion d'un pourvoi contentieux contre la décision ministérielle, assure suffisamment, au regard du droit communautaire, notamment pour l'application de la directive susmentionnée, l'exercice effectif des voies de recours ? »

La réponse à cette deuxième question ressort clairement de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Rutili* (17) qui lui avait été soumise, incidemment, par le même Tribunal administratif de Paris. Dans son arrêt du 28 octobre 1975, la Cour, évoquant les articles 6, 8 et 9 de la directive en cause, a notamment déclaré :

« qu'il apparaît de ces dispositions que toute personne protégée par les dispositions citées doit jouir d'une double garantie, consistant

(16) Aux termes de l'article 177 du Traité de la CEE, « [l]a Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, a) sur l'interprétation du présent traité, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté, c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question. 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 de justice ». Selon l'article 20 du Protocole sur le statut de la Cour de justice CEE : « Dans les cas visés à l'article 177 du traité, la décision de la juridiction nationale qui suspend la procédure et saisit la Cour de justice est notifiée à celle-ci à la diligence de cette juridiction nationale. Cette décision est ensuite notifiée par les soins du greffier de la Cour aux parties en cause, aux États membres et à la Commission, ainsi qu'au Conseil si l'acte dont la validité ou l'interprétation est contestée émane de celui-ci. Dans un délai de deux mois à compter de cette dernière notification, les parties, les États membres, la Commission et, le cas échéant, le Conseil, ont le droit de déposer devant la Cour des mémoires ou observations écrites ».

(17) Aff. 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur*, arrêt de la Cour de justice du 28 octobre 1975, *Rec.*, 1975, p. 1219.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

dans la communication des motifs de toute mesure restrictive prise à son égard et dans l'ouverture d'une voie de recours ; qu'il convient de préciser que toutes dispositions doivent être prises par les États membres en vue d'assurer, à toute personne frappée par une mesure restrictive, la jouissance effective de cette double sauvegarde ; que cette exigence implique notamment, de la part de l'État concerné, une communication à l'intéressé, au moment même où la mesure prise à son égard lui est notifiée, des motifs précis et complets de la décision, en vue de le mettre en mesure d'assurer utilement sa défense » (18).

Il n'en va pas de même pour la première question formulée par le tribunal. Certes, dans l'affaire *Bouchereau* (19), la Cour de justice a affirmé que « constitue une mesure au sens de la directive tout acte affectant le droit des personnes relevant du champ d'application de l'article 48 d'entrer et de séjourner librement dans les États membres sous les mêmes conditions que les nationaux de l'État d'accueil » (20). Mais, dans cette affaire, comme dans toutes celles jusqu'à présent portées devant la juridiction communautaire, il s'agissait d'une mesure prise *avant* l'expulsion d'un ressortissant communautaire du territoire d'un État membre (21). C'est pour la première fois, semble-t-il, que se posait la question de savoir si une décision refusant de mettre fin aux effets d'un arrêté d'expulsion antérieurement pris et exécuté devait être considérée comme une « mesure spéciale » au sens de la directive communautaire (22).

Avec raison, le professeur B. Pacteau estime que « la réponse de la Cour eût évidemment été fort intéressante. Si l'on considérait en effet qu'un refus d'abroger une expulsion relevait de la directive 221, c'était non seulement les garanties procédurales, mais aussi les importantes limites de fond qui y sont contenues, qui auraient été appelées à régir ce genre de mesure ; et le principe du caractère définitif des arrêtés d'expulsion eût ainsi été solennellement répudié par le droit communautaire » (23).

(18) *Ibid.*, p. 1233.

(19) Aff. 30/77, *Regina c. Pierre Bouchereau*, arrêt de la Cour de justice du 27 octobre 1977, *Rec.*, 1977, p. 1999.

(20) *Ibid.*, p. 2011.

(21) Ou d'un refoulement à la frontière, aff. 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, arrêt de la Cour de justice du 4 décembre 1974, *Rec.*, 1974, p. 1337.

(22) Nous ne partageons pas l'opinion de M. R. KOVAR pour qui les deux questions posées par le tribunal administratif avaient déjà trouvé réponse dans la jurisprudence de la Cour et que l'existence de cette jurisprudence les privait de toute pertinence. *Voy. J.C.P.*, 1979, II, n° 19158.

(23) B. PACTEAU, *D.S.*, 1979, jur., p. 162.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

La difficulté est, en effet, considérable. Si l'on devait considérer qu'une décision refusant d'abroger un arrêté d'expulsion constituait une « mesure spéciale » au sens de la directive en question, on obligerait l'autorité nationale compétente à respecter les conditions de fond et de forme imposées par les dispositions communautaires relatives aux mesures restrictives de liberté, chaque fois qu'elle refuse d'abroger un arrêté d'expulsion pris à l'encontre d'un ressortissant communautaire. Une question connexe se pose également, celle de savoir si une personne relevant du droit communautaire faisant l'objet d'une décision d'expulsion a un droit de s'adresser indéfiniment à l'autorité nationale compétente pour solliciter l'abrogation de la mesure la concernant ou si le droit communautaire laisse cette matière régie par le droit national en vertu du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Dans cette dernière hypothèse, ou si l'on considérait que la décision de refus constitue un acte confirmatif non susceptible de recours contentieux, et non pas une « mesure spéciale » au sens de la directive, on reconnaîtrait aux États membres un droit de bannissement illimité de leur territoire des ressortissants communautaires.

Quoi qu'il en soit, la Cour de justice n'a pas été mise en mesure de répondre à ces questions. En premier lieu, l'ordonnance de renvoi du Tribunal administratif de Paris n'est, curieusement, jamais parvenue au greffe de la Cour de Luxembourg. En second lieu et surtout, le Conseil d'État, statuant sur l'appel interjeté par le ministre de l'Intérieur, a annulé le jugement du Tribunal de Paris (24).

Notons que, deux jours avant le prononcé de l'arrêt, le 20 décembre 1978, le ministre de l'Intérieur a abrogé l'ordre d'expulsion de M. Cohn-Bendit de 1968 et en a informé le Conseil d'État. Cependant, M. Cohn-Bendit n'a pas retiré sa requête au Tribunal de Paris, pas plus que le ministre ne s'est désisté de l'appel interjeté devant le Conseil d'État. Aussi, ce dernier estimait-il que l'affaire ne devenait pas dépourvue d'objet :

« Considérant que l'arrêté du 20 décembre 1978, abrogeant la mesure d'expulsion dont le sieur Cohn-Bendit était l'objet depuis le 24 mai 1968, n'a pas eu pour effet de rapporter la décision, en

(24) La Cour de justice admet qu'un appel puisse être interjeté à l'encontre de l'ordonnance de renvoi, selon les procédures du droit national. Voy., notamment, l'aff. 146/73, *Rheinmühlen*, arrêt de la Cour du 12 février 1974, *Rec.*, 1974, p. 139, spéc. p. 147. Contrairement aux conclusions de l'avocat général J.-P. WARNER, la Cour a déclaré que l'article 177 ne s'oppose pas à ce que les décisions des juridictions nationales la saisissant à titre préjudiciel restent soumises aux voies de recours normales prévues par le droit national. Cette jurisprudence est critiquée par M. Ch. TOMUSCHAT dans son commentaire de l'arrêt *Cohn-Bendit*, *EuGRZ*, 1979, pp. 257 et s.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

date du 2 février 1976, par laquelle le ministre de l'Intérieur avait refusé de mettre fin à cette mesure et que le sieur Cohn-Bendit a déféré au Tribunal administratif de Paris, qu'ainsi, ni la demande présentée par le sieur Cohn-Bendit devant le tribunal administratif, ni, par suite, l'appel interjeté par le ministre de l'Intérieur du jugement rendu sur cette demande le 21 décembre 1977, ne sont devenus sans objet » (25).

Ainsi que l'a observé le commissaire du gouvernement M. Genevois, « l'abrogation à compter du 20 décembre 1978 de l'arrêté d'expulsion ne suffit pas, par elle-même, à priver de son objet le litige, car M. Cohn-Bendit conserve un intérêt, ne serait-ce que dans la perspective d'une éventuelle action en indemnité, à faire constater par le juge administratif que la décision de refus d'abrogation en date du 2 février 1976 est entachée d'illégalité ». On sait qu'en matière de refus d'autorisation, le Conseil d'État considère que la requête devient sans objet si l'autorisation demandée est accordée postérieurement à l'introduction de l'instance (26). Mais on a pu estimer que, dans son arrêt *Cohn-Bendit*, le Conseil d'État n'a pas entendu revenir sur cette jurisprudence. Sa décision « traduit seulement la volonté du juge d'en écarter l'application dans un domaine essentiel pour les libertés publiques et peut être ainsi rapprochée, sur le plan du contentieux de l'annulation, de la solution adoptée en ce qui concerne le sursis à l'exécution d'un arrêté d'expulsion » (27).

Le Conseil d'État a donc statué sur l'appel interjeté par le ministre de l'Intérieur contre le jugement de renvoi du Tribunal administratif de Paris en considérant d'office un moyen non soulevé par le ministre. En effet, l'objection formulée par ce dernier portait sur *l'applicabilité ratione materiae* de la directive communautaire qui, selon le ministre, était étrangère au cas de M. Cohn-Bendit, puisqu'elle vise à coordonner les dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant le séjour et le déplacement des ressortissants communautaires, et non à permettre à un étranger expulsé d'obtenir un réexamen d'une décision d'expulsion prise à son égard. Le Conseil d'État se plaçait sur un autre plan. Son arrêt se rattache à

(25) *Lebon*, p. 524.

(26) Qu'il s'agisse du permis de construire, C.E., 21 mai 1953, *Consorts Barnabé, Lebon*, p. 244, cité par O. DUTHELLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *A.J.D.A.*, 1979, p. 27, ou d'une autorisation d'ouvrir une pharmacie, C.E., 16 juin 1967, *Tasell et Ministre de la Santé publique et de la Population c. Jacquemart, Lebon*, p. 262, cité par O. DUTHELLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *A.J.D.A.*, *ibid.*

(27) O. DUTHELLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *A.J.D.A.*, 1979, pp. 27-28, et les auteurs citent l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 18 juin 1976, *Moussa Konaté, Lebon*, p. 321.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

l'invocabilité de la directive communautaire devant les juridictions internes. Et c'est en niant cette invocabilité en l'espèce qu'il a annulé le renvoi du Tribunal de Paris « sans qu'il soit besoin d'examiner les moyens du recours » (28).

Ce faisant, le Conseil d'État a formulé une théorie quant à l'invocabilité des directives communautaires devant le juge national. Sa position est considérée comme contraire à celle de la Cour de justice, exprimée dans certaines affaires préjudicielles. Mais, avant d'analyser la conception du Conseil d'État quant à l'invocabilité de la directive, il convient d'examiner la question de savoir si, outre les réserves que l'on peut avoir à l'égard de cette conception, le Conseil d'État est coupable d'une méconnaissance d'une jurisprudence qui le lie.

I. – LE CONSEIL D'ÉTAT SE SOUSTRAIT À L'AUTORITÉ DES ARRÊTS PRÉJUDICIELS RENDUS PAR LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

La force obligatoire des arrêts de la Cour de justice résulte de l'article 65 du règlement de procédure (29). Quant aux arrêts interprétatifs rendus à titre préjudiciel, la Cour a déclaré que l'interprétation donnée lie la juridiction qui a posé la question (30). Mais c'est en vain que l'on cherchera dans le traité, le statut de la Cour ou le règlement de procédure des enseignements relatifs à l'autorité des arrêts en général et à celle de ceux prononcés à titre préjudiciel en particulier.

Cependant, la jurisprudence livre certains indices discrets concernant l'autorité des arrêts interprétatifs sans pour autant fournir une solution concluante. Alors que, dans ses arrêts contentieux, la Cour « déclare et arrête », elle « dit pour droit » à propos des décisions préjudicielles (31) « comme pour exprimer en quelque sorte que la décision ne donne pas une solution entre plusieurs thèses opposées mais pose solennellement un principe juridique » (32). La formule « La Cour dit

(28) *Lebon*, p. 525.

(29) « L'arrêt a force obligatoire à compter du jour de son prononcé ».

(30) Aff. 29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH c. Hauptzollamt Saarbrücken*, *Rec.*, XV, p. 165, spéc. p. 180. Voy., également, l'aff. 52/76, *Luigi Benedetti c. Munari F.lli S.a.s.*, *Rec.*, 1977, p. 163, spéc. p. 183.

(31) Remarquons qu'au début, la terminologie a quelque peu varié : dans son premier arrêt préjudiciel (aff. 13/61, arrêt du 6 avril 1962, *Rec.*, VIII, p. 89), la Cour *décide* alors que, dans le troisième (aff. jtes 28-30/62, arrêt du 27 mars 1963, *Rec.*, IX, p. 59), elle *déclare*. C'est dans l'arrêt du 5 février 1963, dans l'affaire 26/62 (*Rec.*, 1963, p. 1), qu'est utilisée pour la première fois la formule : *La Cour dit pour droit*.

(32) A. TRABUCCII, « L'effet *erga omnes* des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes », *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, pp. 57-58.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

pour droit », comme le note A. Pepy, a une signification profonde : la Cour définit le droit issu du traité, en précise les contours et en déduit les conséquences (33). Avec raison, F.-Ch. Jeantet souligne que « c'est le droit qui a été dit, *in abstracto*, c'est-à-dire en considération de toutes les hypothèses semblables » (34). Remarquons aussi que, dans l'affaire *Beneditti*, la Cour a proclamé qu'« un arrêt rendu à titre préjudiciel a pour objet de trancher une question de droit » (35), formule qui traduit une conception objective de l'arrêt interprétatif.

Le problème de l'autorité des arrêts préjudiciels est débattu en doctrine. Diverses thèses qui ne sont pas, d'ailleurs, exclusives les unes des autres ont été avancées par différents auteurs. Pour certains, les arrêts interprétatifs seraient des *arrêts de règlement*, et on nous dit que ce serait une erreur de transposer la méfiance que l'on peut éprouver à l'égard de cette notion sur le plan de l'ordre juridique communautaire sans un examen nuancé des spécificités propres de ce dernier (36). Pour d'autres, les arrêts prononcés par la Cour au titre du renvoi préjudiciel en interprétation devraient être reconnus comme dotés d'une valeur de *lois interprétatives* (37). Une autre solution préconisée consiste à appliquer dans cette matière le concept du droit anglo-saxon du *précédent judiciaire* (38). On a pu soutenir, en effet, que ce principe est particulièrement adapté à la procédure de l'article 177, car le précédent, outre son autorité relative à l'égard des parties à l'instance, « a aussi une autorité absolue dès qu'il crée une règle de droit susceptible d'être mise en œuvre dans des circonstances similaires » (39). Se référant à une jurisprudence de la Cour de justice qui sera examinée par la suite, A. Donner estime, en revanche, que « la Cour a voulu se distancer de l'idée de la force des précédents, peu appréciée dans la plupart des États membres, mais en même temps ménager à ses arrêts l'effet pratique et l'autorité coutumière que possèdent les jurisprudences des Cours suprêmes des six

(33) A. PEPEY, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application de l'article 177 du traité de Rome », *C.D.E.*, 1966, p. 484.

(34) F.-Ch. JEANTET, « Originalité de la procédure d'interprétation du traité de Rome », *J.C.P.*, 1966, doct., n° 1987.

(35) Aff. 52/76, *Rec.*, 1977, p. 163, spéc. p. 183.

(36) G. VANDERSANDEN, « De l'autorité de chose jugée des arrêts préjudiciels d'interprétation rendus par la Cour de justice des Communautés européennes, note sous Cour de cassation de Belgique, 1^{re} chambre, affaire *Advance Transformer Co c. Bara-Arméal* (arrêt du 24 décembre 1970) », *R.C.J.B.*, 1972, p. 505, spéc. p. 519.

(37) G. VANDERSANDEN, *R.C.J.B.*, 1972, p. 521.

(38) P. JUILLARD, « Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, p. 293, spéc. p. 325.

(39) P. JUILLARD, *ibid.*, p. 325.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

pays » (40). Enfin, certains auteurs maintiennent que l'interprétation donnée par la Cour *fait corps* avec la disposition interprétée et que l'arrêt d'interprétation « équivaut à une nouvelle formulation de la règle, débarrassée de son ambiguïté ou de son équivocité » (41).

Mais la controverse s'articule, notamment, autour de la dichotomie entre autorité relative et autorité absolue de la chose jugée (42). L'avocat général M. Lagrange a défendu la théorie de l'autorité relative, estimant que cette « règle d'or » doit être préservée. L'essentiel de l'argumentation de l'avocat général en faveur de l'autorité relative repose sur la conjonction de deux considérations. D'une part, le fait que l'autorité relative de la chose jugée est un principe commun aux droits des États membres, et, d'autre part, la nature du mécanisme préjudiciel qui est basé sur le respect mutuel de la compétence propre de chacun des deux ordres de juridiction. Selon M. Lagrange, c'est par l'autorité morale de ses arrêts, et non par l'autorité juridique de la chose jugée, que la juridiction communautaire doit s'imposer. Aussi, ajoute-t-il, « la règle de l'autorité relative de la chose jugée est une règle sage : elle oblige le juge, plutôt que de s'abriter formellement derrière un arrêt déjà rendu, comme on s'abrite derrière une loi ou un règlement, à conserver sans cesse le sens de la responsabilité, c'est-à-dire à confronter à l'occasion de chaque litige les réalités avec la règle de droit, ce qui peut l'amener à reconnaître éventuellement ses erreurs à la lumière de faits nouveaux, d'arguments nouveaux, ou même d'un examen de conscience spontané, ou, hypothèse plus fréquente, à nuancer son point de vue sans le changer fondamentalement, se prêtant ainsi, à la lumière de l'expérience et de l'évolution des doctrines juridiques et des phénomènes économiques, sociaux ou autres, à ce qu'on appelle une évolution de jurisprudence. Or, la règle de l'autorité relative de la chose jugée est l'arme qui le lui permet. Bien entendu, il ne doit, dans sa sagesse, user de cette arme qu'avec prudence, sous peine de détruire la sécurité juridique, mais elle lui est nécessaire et il ne doit pas l'abandonner » (43).

(40) A. DONNER, « Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux internes », *R.C.A.D.I.*, 1965 (II), p. 1, spéc. p. 47.

(41) P. FORIERS et L. SMONT, note sous Cour de cassation de Belgique, 8 juin 1967, *C.D.E.*, 1968, p. 445, spéc. p. 457, cités par M. le Procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH dans ses conclusions sous l'affaire *Société de droit américain « Advance Transformer Co » c. Bara Jeanne, épouse Aron, et consorts, Pas.*, 1971, I, p. 392, spéc. p. 401.

(42) Voy., généralement, L. PLOUVIER, *Les décisions de la Cour de justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 234-245.

(43) M. LAGRANGE, conclusions dans les aff. jtes 28-30/62, *Da Costa en Schaaque NV, Jacob Meijer NV, Hoehst-Holland NV c. Administration fiscale néerlandaise, Rec.*, 1963, p. 79, spéc. pp. 84-86. Voy. la critique adressée à l'encontre de cette position par P. JUILLARD, article précité, *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, spéc. pp. 322-324.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

L'avocat général A. Trabucchi, au contraire, s'est prononcé en faveur de l'effet *erga omnes* des décisions préjudicielles. M. Trabucchi distingue entre effet *erga omnes* et immutabilité, et considère que « le véritable problème est celui de l'ultra-activité de la décision qui serait par voie de conséquence également valable pour les autres cas d'application de la règle en question, et non pas celui du caractère définitif de la chose jugée, ce qui... amène à refuser d'identifier l'effet *erga omnes* et immutabilité, comme si une décision reconnaissant l'effet *erga omnes* ne pouvait permettre que sur le même sujet la Cour soit appelée de nouveau à se prononcer » (44). Selon l'avocat général, « l'autorité de la décision signifie la cessation officielle de l'incertitude et, par là même, disparaissent également l'intérêt et parfois l'obligation de saisir la Cour. L'immutabilité signifierait la création d'une fixité contraire à la notion d'intérêt public qui existe également pour exiger une interprétation exacte, efficace et par conséquent adéquate de tout acte communautaire » (45). Reconnaisant l'effet *erga omnes* des arrêts préjudiciels, en tenant compte de la nature et de la fonction de la procédure instituée par l'article 177 du traité, M. Trabucchi estime que « l'effet de la réponse n'est pas simplement instrumental pour le litige qui lui a donné naissance et l'effet plus large est lié à la position du juge communautaire dont on sollicite une décision préjudicielle dans le but de surmonter les difficultés juridiques et spécialement pour donner une solution valable pour tous » (46).

Les positions respectives de MM. Lagrange et Trabucchi ne sont pas, malgré les apparences, irréconciliables, dans la mesure où les deux avocats généraux reconnaissent la faculté des juridictions nationales de saisir toujours la Cour de justice pour demander l'interprétation d'une disposition communautaire, même si elle avait déjà fait l'objet d'un renvoi préjudiciel antérieur.

Au centre du débat sur l'autorité des arrêts interprétatifs rendus à titre préjudiciel figure l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Da Costa* (47). Dans ce dernier, la Cour a notamment déclaré que « l'article 177 permet toujours à une juridiction nationale, si elle le juge opportun, de déférer à nouveau à la Cour des questions d'interprétation » (48), même si la Cour avait déjà répondu à des questions identiques. Et la Cour a saisi

(44) A. TRABUCCHI, « L'effet *erga omnes* des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes », *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, p. 56, spéc. p. 58.

(45) *Ibid.*, p. 71.

(46) *Ibid.*, p. 66.

(47) Aff. jtes 28-30/62, *Rec.*, 1963, p. 59.

(48) *Ibid.*, p. 76.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

cette occasion pour introduire une exception à l'obligation des juridictions de dernier ressort de renvoyer à titre préjudiciel conformément au dernier alinéa de l'article 177 du traité :

« si l'article 177, dernier alinéa, oblige sans aucune restriction, les juridictions nationales... dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, à soumettre à la Cour toute question d'interprétation soulevée devant elle, l'autorité de l'interprétation donnée par celle-ci en vertu de l'article 177 peut cependant priver cette obligation de sa cause et la vider de son contenu ; qu'il en est notamment ainsi quand la question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue » (49).

Soulignons que, pour relever les juridictions supérieures de l'obligation imposée par l'article 177, alinéa 3, la Cour se réfère à « l'autorité de l'interprétation donnée ». Mais, dans cette affaire, la Cour n'entendait pas résoudre la question de l'autorité de ses arrêts interprétatifs. Elle répondait à un argument de la Commission selon lequel le renvoi de l'espèce était devenu sans objet en raison du prononcé de l'arrêt *Van Gend en Loos* (50) qui avait tranché des questions identiques. Respectant la nature de la procédure préjudicielle et la compétence des juridictions nationales, la Cour s'interdit, en règle générale, d'apprécier l'opportunité ou les motifs du renvoi et ne se prononce pas sur la pertinence de la question posée. Elle s'estime valablement saisie et obligée de répondre « lorsqu'une juridiction nationale lui demande de statuer à titre préjudiciel sur l'une des questions indiquées par l'article 177 du traité, si cette juridiction estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement » (51). Il convient de noter, dans ce contexte, que la formule contenue dans l'arrêt *Salgoil* d'après laquelle « tant que l'évocation du texte dont il s'agit n'est pas manifestement erronée, la Cour est valablement saisie » (52) ne figure plus dans les arrêts postérieurs.

La solution consacrée par la Cour de justice dans l'arrêt *Da Costa* est « très souple, très nuancée et très équilibrée » (53). Mais on ne saurait se baser sur cet arrêt pour soutenir, ni l'autorité relative, ni l'autorité

(49) *Ibid.*, pp. 75-76.

(50) Aff. 26/62, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, Rec., 1963, p. 1.

(51) Voy., p. ex., aff. 19/68, *De Cicco*, Rec., XIV, p. 689, spéc. p. 698. Sous réserve d'un nouvel arrêt du 11 mars 1980, *Foglia*, dont les implications sont, pour le moment, incertaines. Voy. aff. 246/81, *Foglia c. Novello*, Rec., 1980, p. 745.

(52) Aff. 13/68, Rec., XIV, p. 661, spéc. p. 672.

(53) A. PEPY, « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'application de l'article 177 du traité de Rome », *C.D.E.*, 1966, p. 488.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

absolue de la chose jugée des arrêts préjudiciels. En vérité, comme le procureur général de la Cour de cassation de Belgique, M. W.-J. Ganshof van der Meersch, nous estimons que « le principe général de l'autorité de la chose jugée en droit interne n'est pas applicable comme tel aux arrêts interprétatifs du droit communautaire ». Et l'éminent magistrat considère, avec raison, que « le système va au-delà de la valeur limitée à la cause dans laquelle la question a été posée mais la jurisprudence de la Cour révèle qu'elle n'admet pas brutalement que ses réponses ont une valeur absolue » (54).

La question de l'autorité des arrêts interprétatifs rendus à titre préjudiciel doit être résolue, comme tant d'autres problèmes du droit communautaire, en tenant compte de la spécificité fonctionnelle de la procédure préjudicielle et de son objet propre dans le système communautaire, sans utiliser des concepts figés issus d'un environnement juridique différent par sa nature et par sa structure. La procédure de renvoi préjudiciel de l'article 177 a été instituée par le traité pour, notamment, « promouvoir l'uniformité de l'interprétation du droit communautaire » (55). Elle ne saurait remplir cet objectif sans une coopération de bonne foi entre les juridictions nationales et la Cour de justice. La procédure préjudicielle est d'une importance fondamentale, car, ainsi que le souligne P. Pescatore, « l'application d'un droit commun dans son origine se fait simultanément dans plusieurs États membres qui restent soumis, chacun, à une souveraineté distincte, par les soins, selon les cas, d'administrations nationales et de magistratures judiciaires indépendantes. Or, cette mise en œuvre "décentralisée" du droit communautaire soulève un risque : celui de divergences dans la manière d'appliquer la règle commune. Si l'on ne veut pas que l'unité du droit communautaire soit mise en cause, il faut se préoccuper d'en assurer, au stade d'application, l'uniformité en ce qui concerne tant l'efficacité que la signification matérielle » (56).

Quelles qu'en soient les prémisses théoriques, il faut reconnaître que les arrêts interprétatifs prononcés à titre préjudiciel s'imposent à toutes les juridictions nationales qui conservent, cependant, la faculté de saisir à nouveau la Cour de justice pour solliciter une modification, une confirmation ou une précision de sa jurispru-

(54) Conclusions de M. le Procureur général W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH sous l'affaire *Advance Transformer c. Bara*, Cour de cassation de Belgique, arrêt du 24 décembre 1970, *Pas.*, 1971, I, p. 392, spéc. p. 400.

(55) A. M. DONNER, *Interprétation et application*, Bruxelles, Service juridique de la Commission, 31 janvier 1974, doc. N° JUR/214/74-F, ronéo, pp. 12-13.

(56) P. PESCATORE, *L'Ordre juridique des Communautés européennes*, 2^e éd., Liège, Presses universitaires, 1973, pp. 187-188.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

dence. Ce qui est contraire à l'objectif même de la procédure préjudicielle et antinomique avec la nature du droit communautaire, c'est de permettre à des juridictions nationales, de quelque rang qu'elles soient, de donner à une disposition communautaire un sens différent de celui qui lui avait été attribué, à l'occasion d'un renvoi préjudiciel antérieur, par la Cour de justice, dont la mission essentielle est, rappelons-le, d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité (57). Déjà en 1962, R.-M. Chevallier exprimait sa « conviction personnelle » qu'une réponse donnée par la Cour devrait s'imposer aux juridictions nationales placées dans l'obligation de résoudre un cas analogue à celui qui avait nécessité la question préjudicielle (58). Plus récemment, le professeur M. Waelbroeck écrivait : « l'effet de l'arrêt interprétatif se réduit à ceci que les juges nationaux ne peuvent de leur propre initiative donner à la disposition communautaire une interprétation différente de celle qui résulte de l'arrêt » (59).

Cette analyse est partagée par le commissaire du gouvernement M. Genevois, qui a présenté ainsi aux membres de l'Assemblée du Conseil d'État les termes de l'alternative : « Dès l'instant que vous n'entendez pas appliquer la jurisprudence de la Cour concernant la portée de certaines directives, vous n'avez d'autre ressource que de confirmer la décision du renvoi à titre préjudiciel du Tribunal administratif, tout en modifiant le libellé à l'effet d'inciter la Cour à procéder à un réexamen de sa jurisprudence antérieure ». Aucune autre position ne peut se défendre. Or, précisément, par l'arrêt *Cohn-Bendit*, le Conseil d'État a, à la fois, méconnu l'obligation de renvoi à titre préjudiciel et a défié une jurisprudence acquise de la Cour de justice.

Notre propos n'est pas d'aborder ici une discussion sur la méthode de *l'acte clair*, mais nous ne saurions cependant cacher notre scepticisme quant à son application au droit communautaire (60). Ce qu'il convient surtout de relever, c'est que, par son arrêt *Cohn-Bendit* le Conseil d'État a fait usage de cette méthode dans des circonstances particulièrement contestables. En effet, le Conseil d'État s'estime en droit de ne pas

(57) Article 164 du Traité de la CEE.

(58) R.-M. CHEVALLIER, « Le droit de la Communauté européenne et les juridictions françaises (note sous Conseil d'État de France, 22 décembre 1961, S.N.C.F.) », *Rev. dr. publ.*, 1962, p. 661.

(59) M. WAELBROECK, « Examen de jurisprudence 1955-1971 », *R.C.J.B.*, 1971, p. 580.

(60) J.-F. FLAUSS, *Les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, thèse, Strasbourg, 1976, ronéo, p. 77. Voy., également, G. VANDERSANDEN et A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 282 et la bibliographie citée.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

suivre la Cour de justice dans l'interprétation qu'elle avait donnée à l'article 189 du traité, et, en particulier, quant à l'applicabilité directe de la directive n° 64/221. Malgré l'existence d'une jurisprudence différente de la Cour de justice, le Conseil estime :

« qu'il ressort clairement de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que, si les directives lient les États membres "quant au résultat à atteindre" et si pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des États membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne ; qu'ainsi, quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel » (61).

Ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que le Conseil d'État va ainsi à l'encontre d'une logique élémentaire exposée par le commissaire du gouvernement Genevois. Ce dernier s'est demandé, en effet, « comment soutenir qu'il n'y a pas le moindre doute possible sur l'interprétation à donner à l'article 189 du traité alors que l'interprétation qui semble s'imposer n'est pas celle donnée jusqu'ici par la Cour de justice ». Ainsi, l'arrêt *Cohn-Bendit* se présente comme l'abus le plus manifeste que le Conseil d'État ait jamais commis dans la théorie de l'acte clair (62). En même temps, le Conseil d'État fait la sourde oreille à la suggestion de son commissaire du gouvernement en matière de bonne conduite. M. Genevois estimait, en effet, que « ce serait manquer singulièrement de déférence à l'égard du juge communautaire... que d'interpréter le traité dans un sens qui va directement à l'encontre d'une jurisprudence bien établie de la Cour de justice des Communautés européennes ».

Ignorant ce raisonnement juridique et la règle de courtoisie proposée par son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État a formulé une théorie contestable quant à l'invocabilité des directives communautaires devant les juridictions nationales.

(61) *Lebon*, 1978, p. 524.

(62) G. ISAAC, « Le juge administratif français et les directives communautaires », *C.D.E.*, 1979, p. 267, spéc. p. 276.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*II. – LE CONSEIL D'ÉTAT FORMULE UNE THÉORIE
CONTESTABLE DE L'INVOCABILITÉ DES DIRECTIVES
COMMUNAUTAIRES DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES

On sait que, parmi les actes susceptibles d'être pris par les institutions communautaires, figure la directive. Cette dernière, aux termes de l'article 189 du traité, « lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». La directive se distingue ainsi de la décision qui est « obligatoire en tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne » et du règlement qui a « une portée générale », qui est « obligatoire en tous ses éléments » et qui est « directement applicable dans tout État membre ». Selon l'élégante formule du professeur J. Boulouis, « par la distribution qu'elle effectue entre ce qui est impératif – le résultat à atteindre – et ce qui reste à l'appréciation du destinataire – la forme et les moyens, elle décrit un processus de décision reposant non pas sur une déconcentration au sens juridique du mot mais sur l'exercice d'un pouvoir d'une nature particulière, le pouvoir "directif" qui, par opposition au pouvoir coactif, n'a pas la qualité de contraindre, mais seulement la propriété d'orienter » (63).

Trois thèmes principaux apparaissent dans la jurisprudence communautaire relative à la directive. D'abord, et ce premier point n'est pas controversé, la directive est un acte obligatoire. Cette qualité ressort des termes mêmes de l'article 189 du traité. Aussi, la Cour a-t-elle eu l'occasion d'affirmer qu'« à l'égard des États membres destinataires, les dispositions d'une directive ont un effet non moins contraignant que celui d'une autre règle du droit communautaire » (64). En second lieu, même dépourvue d'effet direct proprement dit, la directive peut être invoquée par les particuliers devant les juridictions internes. Ces dernières doivent la « prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire » (65). Il en est notamment ainsi, précise la Cour, « lorsque le justiciable invoque une disposition d'une directive devant la juridiction nationale dans le but de faire vérifier par celle-ci si les autorités nationales compétentes, dans l'exercice de la faculté qui leur

(63) J. BOULOUIS, « Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : les directives », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 191, spéc. p. 193.

(64) Aff. 52/75, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, 1976, p. 284 ; aff. 79/72, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, *Rec.*, 1973, p. 672.

(65) Aff. 51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen (Biens d'investissement)*, *Rec.*, 1977, p. 113, spéc. p. 127.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

est réservée quant à la forme et aux moyens pour la mise en œuvre de la directive, sont restées dans les limites d'appréciation tracées par la directive » (66). Enfin, les directives ou les dispositions qu'elles contiennent peuvent être directement applicables lorsque certaines conditions sont réunies. Ainsi que la Cour l'a déclaré :

« si, en vertu des dispositions de l'article 189, les règlements sont directement applicables et, par conséquent, par leur nature susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effet analogue ; qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées » (67).

Et la Cour a précisé :

« qu'il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers » (68).

La Cour entendait ainsi résoudre un problème d'interprétation de l'article 189 du traité. Elle voulait également étendre aux directives les critères dégagés par sa jurisprudence relative à l'applicabilité directe. Sans que l'on ait besoin de revenir sur une jurisprudence trop connue, il convient de rappeler que « le critère décisif de l'effet direct doit être vu dans la "non-interposition", entre la règle communautaire et son application d'un pouvoir discrétionnaire, exercé soit par une institution communautaire, soit par les États membres, soit par les deux cumulativement » (69). Soulignons aussi que le rôle du juge interne apparaît dans la définition même de l'applicabilité directe. En effet, selon la Cour, une disposition directement applicable engendre dans le chef des particuliers des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder.

C'est surtout l'aptitude reconnue à la directive de produire, dans certains cas, des effets directs qui est controversée en doctrine. Certains auteurs considèrent, en effet, que la directive est frappée d'une sorte d'incapacité congénitale (70) d'avoir de tels effets. Mais observons que

(66) *Ibid.*

(67) Aff. 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office (Ordre public)*, *Rec.*, 1974, p. 1337, spéc. pp. 1348-1349.

(68) *Ibid.*, p. 1349.

(69) P. PESCATORE, *L'Ordre juridique des Communautés européennes*, 2^e éd., Liège, Presses universitaires, 1973, p. 210.

(70) L'expression est de R. KOVAR, observations sous l'arrêt *Cohn-Bendit*, *J.C.P.*, 1979, II, n° 19158.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT COHN-BENDIT

même parmi ceux qui souscrivent à la jurisprudence de la Cour relative à l'applicabilité directe de la directive, certains cherchent à en limiter la portée. On oppose ainsi *l'applicabilité directe pleine et entière* (71) ou *immédiateté* (72) qui serait celle, notamment, des règlements et de certaines dispositions du traité, à *l'applicabilité directe limitée* (73) ou *l'effet direct simple* (74) qui serait, dans certaines hypothèses, attaché à la directive (75). Il est généralement soutenu qu'une disposition appartenant à la première catégorie crée des droits et impose des obligations corrélatives non seulement à l'État, mais aussi dans le chef des particuliers. Dès lors, une telle disposition serait invocable devant les juridictions nationales aussi bien à l'encontre de l'État qu'à l'encontre des individus. « Les effets de telles dispositions », écrivent D. de RipainseL-Landy et A. Gérard, « se situent donc à la fois sur le plan des relations juridiques entre les particuliers et sur celui des rapports de ceux-ci avec l'État membre dont ils sont les justiciables ou avec les institutions communautaires » (76). En revanche, dans le second cas, seuls les rapports entre l'individu et l'État seraient affectés. À cet égard, les deux auteurs cités plus haut estiment que « de telles dispositions intéressent donc uniquement les relations juridiques existant entre les particuliers et l'État dont ils sont les justiciables ainsi que les relations entre ce dernier, destinataire de l'obligation, et les institutions communautaires. Elles sont sans incidence sur les rapports juridiques des particuliers entre eux. Les directives ne peuvent se situer que dans cette catégorie. Elles ne créent directement d'obligations qu'à l'égard des seuls États destinataires... l'éventuelle applicabilité directe limitée d'une obligation adressée à un État membre sous la forme d'une directive exclut l'attribution aux particuliers de véritables droits subjectifs. Car ceci impliquerait pour eux la possibilité de revendiquer judiciairement l'exécution de cette directive à l'égard de quiconque, fût-ce

(71) D. DE RIPAINSEL-LANDY et A. GERARD, « La notion juridique de la directive utilisée comme instrument de rapprochement des législations dans la C.E.E. », in *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Institut d'études européennes, Thèses et travaux juridiques, 1976, p. 37, spéc. pp. 69-71.

(72) M. WAELBROECK, « L'immédiateté communautaire, caractéristique de la supranationalité. Quelques conséquences pour la pratique », in *Le droit international demain*, Édition Ides et Calendes, Neuchâtel, 1971, p. 85, spéc. pp. 87-89.

(73) D. DE RIPAINSEL-LANDY et A. GERARD, article précité.

(74) M. WAELBROECK, article précité.

(75) VOY. J.-V. LOUIS, « L'effet direct des directives », in *Mélanges Baugniet*, Bruxelles, 1976, p. 471 ; A. J. EASSON, « Can directive impose obligations on individuals? », *E.L. Rev.*, 1979, p. 67 ; C. W. A. TIMMERMANS, « Directives: their effect within the national legal systems », *Comm. M.L.Rev.*, 1979, p. 533 ; A. J. EASSON, « The direct effect of EEC directives », *I.C.L.Q.*, 1979, p. 519.

(76) D. DE RIPAINSEL-LANDY et A. GERARD, article précité, p. 70.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

à l'égard d'autres justiciables. S'il est un "droit" que l'on peut reconnaître aux particuliers en vertu de cette applicabilité directe limitée », concluent D. de Ripainsel-Landy et A. Gérard, « c'est celui d'opposer à l'État membre dont ils sont les justiciables l'illégalité de mesures contraignantes de droit interne lorsqu'elles méconnaissent les obligations contenues dans les directives » (77).

On peut douter du bien-fondé de cette position. Du moment où la Cour applique aux directives les mêmes critères qu'elle utilise dans la détermination de l'applicabilité directe des dispositions du traité et dans la réitération de l'applicabilité directe du règlement, on ne voit guère pour quelle raison une directive reconnue d'effet direct ne produirait pas l'ensemble des effets créés par des normes directement applicables et aurait des effets internes moins intenses et moins étendus que ceux produits par d'autres dispositions d'effet direct. Une directive est directement applicable ou elle ne l'est pas. Les casuistiques doctrinales ne font qu'obscurcir la théorie de l'effet direct qui est fondamentalement claire dans son principe et simple dans son application.

Aussi, le fait qu'une directive ne soit nécessairement adressée qu'aux États membres n'est-il pas de nature à justifier une limitation de ses effets. Dès son premier arrêt en matière d'applicabilité directe, la Cour de justice a souligné, en se référant aux droits engendrés dans le chef des particuliers par une disposition directement applicable, que :

« ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose de manière bien définie tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires » (78).

La Cour a également déclaré que le fait pour une disposition de désigner les États membres comme sujets de l'obligation qu'elle impose « n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires » (79).

Mais, surtout, on peut évoquer l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 43/75, *Gabrielle Defrenne c. Sabena* (80). Était en cause l'article 19 du Traité de la CEE, aux termes duquel « chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins

(77) *Ibid.*, pp. 70-71.

(78) Aff. 26/62, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, *Rec.*, 1963, p. 1, spéc. p. 23.

(79) *Ibid.*, p. 24.

(80) Aff. 43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, *Rec.*, 1976, p. 455.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

et les travailleurs féminins pour un même travail ». L'obligation énoncée par cette disposition est très proche d'une obligation susceptible d'être contenue dans une directive. D'une part, l'article 19 ne vise explicitement que les États membres, et, d'autre part, il impose aux États une obligation de résultat. Pourtant, ces deux facteurs n'ont pas empêché la Cour de reconnaître l'applicabilité directe pleine et entière de l'article 119. En effet, dans son arrêt du 8 avril 1976, la Cour a déclaré que ce dernier confère aux individus des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder, qu'ils soient invoqués à l'encontre des autorités publiques ou des personnes privées (81). Cette affirmation était particulièrement pertinente, puisque l'appel interjeté par la demoiselle Defrenne devant la Cour du travail de Bruxelles visait le jugement du Tribunal du travail de Bruxelles rejetant le recours dirigé contre la Société anonyme belge de navigation aérienne.

Commentant cet arrêt, O. Stocker relève à juste titre qu'« en étendant aux individus l'obligation contenue dans l'article 119, la Cour remet en question la distinction que la doctrine avait faite entre applicabilité directe pleine et entière et applicabilité directe limitée ». Elle estime, en outre, qu'« on est en droit de se demander si la Cour ne va pas être amenée, lorsque l'occasion lui sera donnée, à reconnaître l'applicabilité directe pleine et entière de dispositions auxquelles la doctrine n'attribuait qu'une applicabilité directe limitée, c'est-à-dire les décisions adressées aux États membres et les directives » (82).

Si tel était le cas, et nous ne voyons pas d'objection majeure à ce qu'une pareille solution soit consacrée par la Cour (83), l'applicabilité directe apparaîtrait comme une notion unitaire dont la qualité essentielle est de rendre une disposition invocable devant les juridictions internes afin que celles-ci assurent la protection des droits qu'elle engendre dans le chef des particuliers.

(81) « L'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition de discrimination entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers ». *Ibid.*, pp. 476-477.

(82) O. STOCKER, « Le second arrêt *Defrenne*. L'égalité des rémunérations des travailleurs masculins et des travailleurs féminins », *C.D.E.*, 1977, p. 180, spéc. p. 208. Et l'auteur estime qu'« il n'est pas impossible que la Cour de justice franchisse un jour le pas et reconnaisse l'applicabilité directe pleine et entière d'une directive dont le respect paraît particulièrement important, soit parce que la mise en œuvre de cette directive est nécessaire pour la réalisation d'un objet qui constitue un des fondements de la Communauté, soit parce que la directive concerne les droits fondamentaux de l'individu et l'ordre public communautaire que la Cour sera amenée progressivement à définir ». *Ibid.*, p. 209.

(83) En l'absence d'obligation de publier la directive, il faut considérer que son applicabilité directe pleine et entière doit être subordonnée à sa publication ou à sa connaissance par les intéressés.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

La doctrine du Conseil d'État relative à l'invocabilité de la directive devant les juridictions internes a été énoncée en raison de l'appui que M. Cohn-Bendit estimait pouvoir trouver dans l'article 6 de la directive n° 64/221 dans son recours dirigé contre le ministre de l'Intérieur. Curieuse destinée que celle de la directive n° 64/221. Une de ses dispositions, l'article 3, paragraphe 1^{er}, a été reconnue d'effet direct par une juridiction nationale bien avant que la Cour de justice ne soit amenée, pour sa part, à le faire. On sait, en effet, que, par son arrêt du 7 octobre 1968, le Conseil d'État de Belgique a annulé un arrêté d'expulsion pris à l'encontre d'une ressortissante française, la dame Corveleyn, pour violation de l'article 3, paragraphe 1^{er}, de ladite directive (84). La Cour de justice a déclaré cette disposition directement applicable par son arrêt *Van Duyn* (85). Par la suite, la juridiction communautaire a reconnu l'effet direct d'autres dispositions de cette même directive : celui de l'article 3, paragraphe 2, par son arrêt *Bonsignore* (86), celui des articles 6, 8 et 9, par son arrêt *Rutili* (87).

Cependant, après avoir considéré que :

« d'après l'article 56 du traité instituant la Communauté économique européenne en date du 25 mars 1957, dont aucune stipulation n'habilite un organe des Communautés européennes à prendre, en matière d'ordre public, des règlements directement applicables dans les États membres, la coordination des dispositions législatives et réglementaires "prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique" fait l'objet de directives du Conseil arrêtées sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée » (88),

le Conseil estime que :

« quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel ; qu'il suit de là que le sieur Cohn-Bendit ne pouvait utilement soutenir, pour demander au Tribunal administratif de Paris d'annuler la décision du ministre de l'Intérieur en date du 2 février 1976, que cette décision méconnaîtrait

(84) Conseil d'État de Belgique (3^e ch.), 7 octobre 1968, *Corveleyn c. État belge, ministre de la Justice, J.T.*, 1969, jur., p. 694, observations J. VERHOEVEN, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1969, p. 503, note R. KOVAR.

(85) Aff. 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office, Rec.*, 1974, p. 1337.

(86) Aff. 64/74, *Carmelo Angelo Bonsignore c. Oberstadtdirektor der Stadt Köln (Ordre public et sécurité publique), Rec.*, 1975, p. 297.

(87) Aff. 36/75, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur, Rec.*, 1975, p. 1219.

(88) *Lebon*, 1978, p. 524.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

les dispositions de la directive arrêtée le 25 février 1964 par le Conseil des Communautés européennes en vue de coordonner, dans les conditions prévues par l'article 56 du traité de Rome, les mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, que dès lors, à défaut de toute contestation sur la légalité des mesures réglementaires prises par le gouvernement français pour se conformer aux directives arrêtées par le Conseil des Communautés européennes, la solution que doit recevoir la requête du sieur Cohn-Bendit ne peut en aucun cas être subordonnée à l'interprétation de la directive du 25 février 1964 » (89).

Notons que l'évocation liminaire de l'article 56 du traité est à la fois erronée et inutile. Cette disposition concerne le droit d'établissement, et non pas la liberté de circulation des travailleurs qui était en cause dans l'affaire *Cohn-Bendit*. En dépit de l'impropriété de la mention exclusive de l'article 56 dans les visas de la directive n° 64/221, cette dernière a une double base légale. Vis-à-vis des travailleurs salariés, elle est fondée sur l'article 49 du traité. Or cette dernière disposition habilite le Conseil à arrêter « par voie de directives ou de règlements les mesures nécessaires en vue de réaliser progressivement la libre circulation des travailleurs ». Certains auteurs ont voulu voir dans cette affirmation du Conseil d'État un refus de procéder à une requalification de la directive en question (90).

On aurait pu croire que cette prise de position de principe sur la nature des directives communautaires allait conduire le Conseil d'État à nier toute invocabilité des directives devant les juridictions internes. Cependant, une lecture attentive de l'arrêt démontre que cette solution radicale n'est pas celle adoptée par le Conseil d'État. D'une part, il reconnaît que les autorités nationales sont seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer, « sous le contrôle des juridictions nationales », les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne. D'autre part et surtout, si le Conseil d'État déclare que les directives ne sauraient être invoquées par les individus à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel et que la solution que doit recevoir la requête de M. Cohn-Bendit ne peut être subordonnée à l'interprétation de la directive n° 64/221, c'est, semble-t-il,

(89) *Ibid.*, pp. 524-525.

(90) Voy., p. ex., G. ISAAC, *C.D.E.*, 1979, pp. 283-286 ; O. DUTHELLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *A.J.D.A.*, 1979, pp. 30-31 ; L. DUBOIS, *Rev. trim. dr. eur.*, 1979, p. 174 ; A. LYON-CAEN, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1979, p. 650 ; Ch. VALLEE, *Rev. gén. dr. internat. publ.*, 1979, p. 842.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

uniquement en raison du « défaut de toute contestation sur la légalité des mesures réglementaires prises par le gouvernement français pour se conformer aux directives arrêtées par le Conseil des Communautés européennes ».

Le Conseil d'État admet, par conséquent, que la directive communautaire fait partie de la légalité interne. Une telle directive peut être invoquée devant les juridictions nationales à l'encontre de mesures réglementaires prises par les autorités étatiques pour son exécution. Observons que, par cette position, le Conseil d'État reconnaît l'invocabilité de toute directive, même celles dépourvues d'effet direct, et se conforme ainsi, sur ce point, à la jurisprudence de la Cour de justice (91). Mais le Conseil d'État ne suit plus la Cour en ce qui concerne l'invocabilité des directives directement applicables. Contrairement à la jurisprudence communautaire qui paraît consacrer l'invocabilité absolue des dispositions directement applicables, le Conseil d'État n'admet qu'un *effet interne limité* des directives, même celles déclarées directement applicables par la Cour. Car tout son raisonnement consiste à nier à la directive l'aptitude de créer des effets directs. Ainsi que le constate le professeur G. Isaac, « pour le Conseil d'État, il s'agit simplement d'un procédé lui permettant de sauvegarder formellement son postulat de la nature nécessairement médiate de la directive » (92). Mais il ne s'agit pas d'une « applicabilité directe limitée » dans le sens attribué à cette notion par la doctrine précédemment citée. La limitation consacrée par le Conseil d'État tient à la nature de l'acte à l'encontre duquel la directive communautaire est invoquée. En l'occurrence, le Conseil d'État maintenait que c'était la validité du décret d'application du 5 janvier 1970 (93) qui devait être contestée par M. Cohn-Bendit au regard de la directive n° 64/221.

En soi, la solution consacrée par le Conseil d'État n'est peut-être pas préjudiciable aux intérêts des particuliers. Ceux-ci sont en droit de contester la validité de mesures réglementaires nationales prises en exécution de la directive communautaire, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. Pour cette raison, le professeur G. Isaac, sans

(91) Voy., *supra*, notes n°s 65-68.

(92) G. ISAAC, *C.D.E.*, 1979, p. 288.

(93) Décret n° 70-29, *J.O.R.F.*, 14 janvier 1970. Remarquons que le décret ne prévoit pas la communication des motifs à l'intéressé. Le décret de 1970 a été abrogé par le décret n° 79-1051 du 23 novembre 1979 (*J.O.R.F.*, 7 décembre 1979, p. 3083). L'article 13, alinéa 3, du nouveau décret prévoit que les raisons d'ordre public ou de santé publique sont portées à la connaissance de l'intéressé. De même, la circulaire du 14 décembre 1979 adressée par le ministre de l'Intérieur aux préfets (*J.O.R.F.*, 3 février 1980, N.C. 1408) précise, dans son article 56, que les décisions de refus de séjour doivent être motivées au moment de leur notification.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

pour autant approuver la décision du Conseil d'État, considère que ce système offre aux justiciables des garanties identiques à la possibilité de contester directement la légalité de la directive. La solution du Conseil d'État lui paraît curieuse dans la mesure où le refus de l'applicabilité directe des directives communautaires aboutirait finalement au même résultat que si celle-ci avait été acceptée. « Outre une faute », conclut le Professeur Isaac, « l'arrêt *Cohn-Bendit* apparaîtrait alors comme une inconséquence » (94). De même, O. Dutheillet de Lamothe et Y. Robineau estiment que « la possibilité d'exciper, à l'appui d'un recours contre un acte individuel pris sur le fondement du règlement d'application d'une directive, de l'illégalité de ce règlement par rapport à la directive, offre au justiciable des garanties identiques à la possibilité de contester directement la légalité d'un acte individuel au regard des dispositions de la directive » (95). Dans le même sens, le professeur J. Boulouis estime que le problème est moins de fond que de procédure et, pourvu que les ressources de celle-ci soient correctement mises en œuvre, la garantie dont doivent jouir les particuliers demeure entière puisqu'il reste possible, et à tout moment, de provoquer le contrôle sanctionnant le respect du droit communautaire par le droit national (96).

Soulignons d'abord qu'aucune règle de procédure du contentieux administratif français n'impose au justiciable de contester la validité des mesures réglementaires prises en application d'une loi lorsqu'il attaque une décision individuelle pour violation de cette loi. Le régime consacré par le Conseil d'État en ce qui concerne la directive communautaire apparaît donc comme dérogatoire et ne s'explique que par le refus opiniâtre d'admettre l'applicabilité directe de la directive. Comme le note avec raison le professeur L. Dubouis, « cette solution surprend d'autant plus que le Conseil d'État ne semble pas imposer une restriction semblable lorsque, à l'appui d'une demande d'annulation de la décision individuelle qui le frappe, le requérant invoque directement la contradiction avec, par exemple, une loi dont l'applicabilité aurait été subordonnée à l'édition d'un décret d'application. En pareil cas, si l'autorité administrative invoque pour sa défense le règlement d'application, surgit l'exception d'illégalité. Au cas contraire, le juge administratif, si peu enclin soit-il à sauter les règles de la hiérarchie des normes, ne refuse pas de statuer sur la violation de la loi. Aussi bien, rien n'oblige le ministre à se prévaloir d'un règlement illégal » (97). Ainsi, on ne

(94) *C.D.E.*, 1979, p. 290.

(95) *A.J.D.A.*, 1979, p. 32.

(96) *R.M.C.*, 1979, p. 108.

(97) *Rev. trim. dr. eur.*, 1979, p. 177.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

pourrait pas soutenir que le « détour procédural » imposé par le Conseil d'État provient du souci de faire respecter un certain ordre dans la hiérarchie et le régime contentieux des actes administratifs.

Remarquons ensuite que le système consacré par le Conseil d'État paraît contraire à la position exprimée par la Cour de justice dans son arrêt *Rutili*. Dans ce dernier, la Cour a déclaré que :

« dans la mesure où les dispositions du traité ou du droit dérivé ont pour objet de régler la situation de particuliers ou d'assurer leur protection, il appartient encore aux juridictions nationales d'examiner la conformité des décisions individuelles aux dispositions pertinentes du droit communautaire » (98).

Notons également que le Conseil d'État va à l'encontre de la portée généralement reconnue à l'applicabilité directe. Selon une opinion particulièrement autorisée, en effet, « affirmer qu'une règle de droit communautaire a un effet direct, c'est dire que le juge peut et doit l'appliquer à toutes les fins exigées par le procès » (99).

Mais, surtout, deux hypothèses doivent être considérées pour apprécier la véritable portée de la conception du Conseil d'État. Il s'agit, d'une part, du cas où les mesures d'exécution de la directive sont des lois (100), et, d'autre part, du cas où aucune mesure nationale d'exécution n'a été prise (101). Dans ces deux éventualités, certains auteurs estiment que les individus seraient privés de toute protection juridictionnelle des droits créés dans leur chef par les normes communautaires. Dans le premier cas, en raison du refus du juge administratif français d'apprécier la validité d'une disposition législative par rapport à un traité (102), dans le second, compte tenu de l'absence de mesures réglementaires prises en application de la directive communautaire.

Certes, la rédaction de l'arrêt *Cohn-Bendit* ne conduit pas nécessairement à un tel résultat. Le Conseil d'État n'a statué que par rapport à

(98) Aff. 36/75, *Rec.*, 1975, p. 1219, spéc. p. 1229.

(99) P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège, Presses universitaires, 2^e éd., 1973, p. 213.

(100) G. ISAAC, *C.D.E.*, 1979, p. 289 ; B. GOLDMAN, *Journ. dr. intern.*, 1979, p. 597. J. BOULOUIS estime cependant que le Conseil d'État n'avait pas à envisager cette hypothèse, *R.M.C.*, 1979, p. 109 ; A. LYON-CAEN, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1979, p. 656.

(101) R. KOVAR, *J.C.P.*, 1979, II, n° 19158 ; B. GOLDMAN, *Journ. dr. intern.*, 1979, p. 597 ; O. DUTHELLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU reconnaissent que les garanties offertes aux justiciables dans un tel cas sont très inférieures. Même si les solutions du droit français sont applicables au cas où les mesures nécessaires pour l'application d'une directive ne seraient pas prises par le gouvernement, le justiciable devrait, avant de s'adresser au juge, mettre l'administration en demeure, et ces auteurs y voient la faille principale de la solution du Conseil d'État du point de vue de l'intérêt des justiciables, *A.J.D.A.*, 1979, doct., p. 33.

(102) C.E., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France, Lebon*, p. 149.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT*

une situation où des mesures réglementaires avaient été prises par les autorités nationales en exécution de la directive. Mais, en raison de la conception que dégage le Conseil d'État quant à la nature de la directive communautaire, on est en droit de douter qu'il accepterait d'examiner la légalité d'une décision individuelle par rapport à une directive, en l'absence de mesures réglementaires nationales ou lorsque les mesures d'exécution sont de nature législative et, par conséquent, non susceptibles de contrôle juridictionnel.

Il convient d'observer que, lorsque la matière régie par la directive relève, selon l'article 34 de la Constitution française, du domaine de la loi, il n'existe aucun moyen judiciaire permettant aux individus de contraindre le Parlement à voter les lois nécessaires pour l'application de la directive communautaire. En revanche, au cas où la directive porterait sur une matière réservée par l'article 37 de la Constitution au pouvoir réglementaire autonome, les auteurs estiment que les solutions consacrées par le droit administratif français quant à la carence des autorités administratives de prendre les mesures nécessaires pour l'application des lois seraient applicables (103). On sait, en effet, qu'un individu peut déférer au juge de l'excès de pouvoir une décision explicite ou implicite de refus par l'autorité administrative de prendre les mesures d'exécution requises pour l'application d'une loi interne (104). Mais une telle solution n'est guère satisfaisante. Elle n'aboutit pas nécessairement à l'adoption des mesures demandées (105). En outre, un justiciable peut introduire un recours de plein contentieux pour demander réparation du dommage causé par le défaut d'adoption de telles mesures (106). Mais, comme l'écrit le professeur B. Goldman, cette voie « ne procurera à l'intéressé, dans le meilleur des cas, qu'une réparation pécuniaire, c'est-à-dire, une satisfaction "par équivalent" qui n'a rien d'équivalent à son droit de séjourner, de travailler ou de s'établir dans n'importe quelle partie du territoire de la Communauté » (107).

(103) G. ISAAC, *C.D.E.*, 1979, pp. 288-290 ; B. GOLDMAN, *Journ. dr. intern.*, 1979, p. 597 ; O. DUTHEILLET DE LAMOTHE et Y. ROBINEAU, *A.J.D.A.*, 1979, doct., p. 32.

(104) C.E., 8 juillet 1966, *Union de la production et du commerce des vins et eaux de vie d'Alsace, Lebon*, p. 455, C.E., 8 mars 1973, *Richard, Lebon*, p. 405, cités par G. ISAAC, *C.D.E.*, 1979, p. 288.

(105) Voy. le projet de loi relatif aux astreintes prononcées en matière administrative et l'article de E. P. BURKI, « Gestation d'une loi avortée », *Rev. adm.*, 1979, p. 40.

(106) C.E., 27 novembre 1964, *Ministre des Finances c. Dame Renard, Lebon*, p. 590, C.E., 10 mars 1967, *Société des ardoisières d'Angers, Lebon*, p. 116, cités par G. ISAAC, *C.D.E.*, 1979, p. 288.

(107) B. GOLDMAN, *Journ. dr. intern.*, 1979, p. 597.

REMARQUES À PROPOS DE L'ARRÊT *COHN-BENDIT** *
*

En définitive, l'arrêt *Cohn-Bendit* est critiquable tant en raison de la solution d'espèce qu'il consacre que des positions de principe qu'il contient. Les affirmations dogmatiques de la Haute Juridiction française apparaissent ouvertement belliqueuses. Le Conseil d'État ne s'incline pas devant la jurisprudence communautaire quant à la nature de la directive. Il interprète l'article 189 du traité comme si ce dernier n'avait pas déjà été considéré par la Cour de justice. Mais, surtout, c'est le refus de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel qui paraît injustifié. D'une part, parce que le Conseil d'État est une juridiction de dernier ressort. D'autre part, en raison de l'existence d'une jurisprudence communautaire différente de celle admise par le Conseil d'État sans que ce dernier donne à la Cour de justice l'opportunité de se prononcer à nouveau. Pourtant, le jour même du prononcé de l'arrêt *Cohn-Bendit*, le Conseil d'État a décidé de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel dans une autre affaire (108). *Video meliora, deteriora sequor*.

(108) C.E., 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux, D.*, 1979, p. 125.

- 5 -

**COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE
ET DROIT COMMUNAUTAIRE :
LE FANTÔME DE *SIMMENTHAL***

L'intervention des juridictions nationales suprêmes dans l'application judiciaire interne du droit communautaire est, par la nature des choses, un événement relativement rare. Lorsqu'il a lieu, il éveille une attention singulière et suscite un intérêt particulier qui s'expliquent, en premier lieu, par l'échelon hiérarchique occupé par le juge auteur de la décision. En effet, bien au-delà du cas de l'espèce à propos duquel la juridiction supérieure s'est prononcée, la décision rendue est destinée – c'est sa vocation même – à dicter une ligne de conduite aux tribunaux de l'État concerné et pourrait avoir – le cas n'est pas inconnu – une résonance en dehors des frontières nationales et une influence dans les milieux judiciaires des autres États membres (1).

Lorsqu'elle émane du juge constitutionnel, la décision présente, de surcroît, d'autres attraits. S'insérant dans le cadre de l'effort d'adaptation de l'ordonnancement juridique national aux exigences de l'implantation en son sein du droit communautaire, la décision du juge constitutionnel revêt un caractère fondamental dans le sens étymologique du terme, puisqu'elle exprime une certaine conception du fondement même de la structure de l'État et de la nature authentique de la construction européenne.

Dotée d'une Cour constitutionnelle, l'Italie a rencontré sur le chemin de l'ajustement de son ordre juridique aux impératifs du droit communautaire des problèmes complexes et délicats. Pays de tradition profondément dualiste ayant une Constitution rigide, l'Italie ne manquait pas d'apparaître comme l'État où l'enjeu de la construction européenne était le plus ressenti et où l'ampleur des effets du droit communautaire sur l'ordre interne a connu le plus de relief. En témoignent non seulement les décisions rendues par la Cour de justice – qui sont, incontestablement, parmi ses plus grands arrêts – à la demande des juridictions italiennes (2), mais aussi celles prononcées par la Cour

(1) Voy., en général, G. OLMÍ, « Les rapports entre droit communautaire et droit national dans les arrêts des juridictions supérieures des États membres », *R.M.C.*, 1981, pp. 178, 242 et 379.

(2) On songe, en premier lieu, à l'arrêt 6/64, *Costa c. ENEL*, *Rec.*, X, p. 1141 et à l'arrêt 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

constitutionnelle, depuis une vingtaine d'années, en matière de droit communautaire (3).

Dans cette perspective, le dialogue entre la Cour de justice et la Cour constitutionnelle italienne ne parvient pas à atteindre l'harmonie voulue. Signalons, d'abord, un attachement inébranlable de l'une et de l'autre juridiction à des conceptions de base qui, pour paraître toutes les deux immuables, n'en demeurent pas moins antinomiques. Alors que, pour la Cour de Luxembourg, les ordres juridiques communautaire et national s'amalgament et entretiennent des rapports symbiotiques, la Haute Assemblée italienne conçoit les deux ordres juridiques en termes de détachement mutuel et de séparation. Mais, tandis que la fixité des prémisses comporte, pour la Cour des Communautés, une constance dans les conséquences qui en dérivent, la Cour constitutionnelle modifie, progressivement, les solutions qu'elle en dégage. En d'autres termes, la Cour de justice déduit des principes formulés pendant la période formative de sa jurisprudence des conclusions qui, pour elle, coulent de source. Et, à mesure que les occasions se présentent, ces solutions sont précisées, leur caractère permanent, comme celui de leur fondement, est réaffirmé. Ainsi, *Van Gend en Loos* (4), *Costa c. ENEL* (5), *Commission c. Italie (œuvres d'art)* (6) et *A.E.T.R.* (7), sont des décisions prolifères de la première génération, alors que *Simmenthal* (8) n'est que leur épigone. En revanche, la Cour constitutionnelle italienne, tout en manifestant une adhésion fidèle à la conception des rapports entre les ordres juridiques communautaire et

Pourraient également prétendre occuper une place de choix dans la jurisprudence préjudicielle de la Cour de justice des arrêts tels que 13/68, *Salgoil, Rec.*, XIV, p. 611 ; 33/70, *SACE, Rec.*, XVI, p. 1213 ; 93/71, *Leonesio, Rec.*, XVIII, p. 287 ; 111/75, *Mazzalai, Rec.*, 1976, p. 657 ; 148/78, *Ratti, Rec.*, 1979, p. 1629 ; 283/81, *C.I.L.F.I.T., Rec.*, 1982, p. 3145.

(3) *Costa c. ENEL*, arrêt du 7 mars 1964, n° 14, voy. L. FERRARI BRAVO, « L'issue de l'affaire *Costa c. E.N.E.L.*, devant le *conciliatore* de Milan », *C.D.E.*, 1967, p. 194 ; *San Michele*, arrêt du 27 décembre 1965, n° 98, voy. S. NERI, « Le Droit communautaire et l'Ordre constitutionnel italien », *C.D.E.*, 1966, p. 363 ; *Frontini et Pozzani*, arrêt du 27 décembre 1973, n° 183, *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, p. 148 et note S. NERI, « Rapports entre le droit communautaire et le droit interne selon la Cour constitutionnelle », *C.D.E.*, 1975, p. 114 et observations P. DE CATERINI, « La Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire », *J.T.*, 1974, p. 408 et observations J.-V. LOUIS, « L'ordre juridique communautaire et la Cour constitutionnelle italienne » ; *Industrie Chimiche Italia Centrale*, arrêt du 22 octobre 1975, n° 232, *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 396 et l'article de L. PLOUVIER, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Italie du 22 octobre 1975 dans l'affaire I.C.I.C. », *ibid.*, p. 271 ; J.-V. LOUIS, « Sur le thème : recours constitutionnel et primauté du droit communautaire », *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, p. 3227 ; *Unil-It*, arrêt du 29 décembre 1977, n° 163, *Il Foro Italiano*, 1978, I, p. 289, note SPERDUTI ; *Comavicola*, arrêt du 26 octobre 1981, n° 176, *C.D.E.*, 1983, p. 320 et observations C. MENIS.

(4) Aff. 26/62, *Rec.*, IX, p. 1.

(5) Aff. 6/64, *Rec.*, X, p. 1141.

(6) Aff. 48/71, *Rec.*, XVIII, p. 529.

(7) Aff. 22/70, *Rec.*, XVII, p. 263.

(8) Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

national exprimée dans les décisions telles que *Costa c. ENEL* (9), *San Michele* (10), *Frontini* (11), *Industrie Chimiche Italia Centrale* (12), *Unil-It* (13) et *Comavicola* (14), n'en tire pas toujours les mêmes conséquences. Et, même si l'effort déployé par la Cour constitutionnelle pour se rapprocher des solutions retenues par la juridiction communautaire ne saurait être contesté, il faut constater qu'il n'aboutit pas à un alignement des deux jurisprudences.

La vacillation des conséquences tirées d'une même conception de base qui, elle, demeure toujours ancrée, est démontrée avec éclat par l'arrêt n° 170 rendu le 8 juin 1984 par la Cour constitutionnelle italienne à propos de l'affaire *Granital* (15). Car ce qui est remarquable dans cette décision – dernier apport de la jurisprudence constitutionnelle en matière de droit communautaire –, c'est que la toile de fond reste la même, la pièce jouée est identique, le décor ne change pas, mais le dénouement de l'intrigue est différent. Par une inexplicable incantation, tout en réaffirmant les prémisses acquises, la Cour constitutionnelle en dégage une solution contraire à celle retenue précédemment et qui devrait, selon elle, satisfaire aux exigences formulées par la Cour des Communautés. Et, en se décernant un satisfecit (16), la Cour constitutionnelle oublie

(9) *Dir. scambi int.*, 1964, p. 21.

(10) *Dir. scambi int.*, 1965, p. 309.

(11) *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, p. 148.

(12) *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 396.

(13) *Il Foro Italiano*, 1978, I, p. 289.

(14) *C.D.E.*, 1983, p. 320.

(15) *Affaires S.p.A. Granital c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*. Le texte de l'arrêt rendu le 8 juin 1984 est reproduit dans la *Rev. trim. dr. eur.*, 1985, p. 414. De nombreux commentaires ont déjà été consacrés à cet arrêt : voy., p. ex., M. BERRI, « Composizione del contrasto ira Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee », *Giurisprudenza italiana*, 1984, vol. 136, n° 11, parte prima, sez. I, col. 1521-1526 ; F. CAPELLI, « Una sentenza decisiva sui rapporti fra norme C.E.E. e leggi nazionali », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1984, vol. XXIII, n° 1-2, p. 204 ; M. R. DONNARUMMA, « Sul controllo di compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1984, vol. XXIII, n° 1-2, p. 206 ; S. SOTGIU, « L'applicabilità "diretta" del diritto comunitario », *Giustizia civile*, 1984, vol. XXXIV, n° 9, parte prima, p. 2359 ; G. SPERDUTI, « Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1984, vol. XX, n° 2, p. 263 ; A. TIZZANO, « La Corte costituzionale e il diritto comunitario : vent'anni dopo... », *Il foro italiano*, 1984, vol. CIX, n° 9, parte prima, col. 2063 ; G. GAJA, *Comm. M.L.Rev.*, 1984, p. 756 ; G. GEMMA, « Un'opportuna Composizione di un dissidio », *Giurisprudenza Costituzionale*, 1984, p. 1222.

(16) « Il convient d'observer, en premier lieu, que la conclusion qui vient d'être énoncée a également été retenue par la Cour de Luxembourg. Cette juridiction considère, il est vrai, que la source normative de la Communauté et celle de chaque État sont fondues en un système unique ; elle part donc de prémisses différentes de celles retenues dans la jurisprudence de la présente Cour. Il n'empêche que l'on peut, en accord avec le juge communautaire, estimer que le droit dérivé du traité, et en particulier la réglementation visée en l'espèce, doit être assuré d'un effet direct et continu : cela suffit pour s'entendre sur le principe selon lequel le règlement communautaire est toujours appliqué immédiatement par le juge italien, même en présence de dispositions contraires de droit italien ».

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

que l'acceptation de la conception de base, du raisonnement et de la démarche de la juridiction communautaire est aussi importante, et peut-être davantage même, que celle de telle ou telle solution préconisée, car seule une adhésion, sans réserve, à la conception consacrée et propagée par la Cour de justice en ce qui concerne les rapports entre droit national et droit communautaire mettrait celui-ci à l'abri des aléas et des avatars provenant de celui-là.

Mais, si le pragmatique pouvait se réjouir du résultat atteint, il s'apercevrait aussitôt que la satisfaction n'est que très éphémère. Car, paradoxalement, pour rejoindre la Cour de justice dans sa solution, la Cour constitutionnelle accentue ce qui les sépare. En s'efforçant d'admettre le comportement exigé du juge interne par la Cour des Communautés – car c'est bien de cela qu'il s'agit – la Haute Assemblée italienne creuse davantage le fossé entre le plateau de Kirchberg et le Palazzo della Consulta.

Certes, la solution adoptée par l'arrêt *Granital* épouse, pour l'essentiel, celle formulée par l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Simmenthal* avec lequel, même si aucune référence expresse n'y est faite, il est en directe filiation. À ce titre, on peut se féliciter de ce que la voix de *Simmenthal* ait été entendue et regretter que son message n'ait été que partiellement accueilli. Le point de destination désigné par la Cour de justice a été atteint, la voie empruntée pour y arriver a été, en revanche, diamétralement opposée. Et, en empruntant une route autre que celle tracée par la Cour de justice, la Cour constitutionnelle rend le droit communautaire vulnérable aux risques qui, n'étant ni imaginaires ni illusoire, ne manqueraient pas de survenir.

Pour pouvoir apprécier la portée et la signification du revirement, à vrai dire spectaculaire, quant aux conséquences tirées de la conception que se fait la Cour constitutionnelle des rapports entre droit communautaire et droit national, il conviendrait d'évoquer la séquence des étapes marquantes de sa jurisprudence.

I. – LE CHEMINEMENT COMMUNAUTAIRE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE : FORMULATION DE PRÉMISSSES ET DÉFINITION DE SOLUTIONS

Préoccupée par le fondement constitutionnel de l'appartenance de l'Italie aux Communautés, par le statut du droit communautaire à l'intérieur du système juridique national et par les rapports entre les ordres juridiques communautaire et national, la Cour constitutionnelle a rendu

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

un certain nombre d'arrêts de principe qui témoignent d'une évolution, du moins à certains égards.

Les solutions retenues par la jurisprudence constitutionnelle comportent, pour le juge interne, un intérêt capital. En effet, l'exercice par ce dernier de sa fonction communautaire est conditionné par les règles dégagées par la Cour constitutionnelle. Aussi, lorsqu'un juge de première instance estimait que la position adoptée par la Cour constitutionnelle devait le conduire à méconnaître les exigences du droit communautaire, la Cour de justice en était préjudiciellement saisie afin de préciser sa conception en matière de rapports entre droit communautaire et droit national, laquelle rejaillit sur la définition même de l'office du juge.

A. – Les principes dégagés par la jurisprudence constitutionnelle

La jurisprudence communautaire de la Cour constitutionnelle consacre l'article 11 de la Constitution italienne comme le fondement de l'appartenance de l'Italie aux Communautés, réalisée par l'adoption de la loi d'exécution du traité à laquelle seule la nature d'une loi ordinaire est attribuée. Aux termes de l'article 11, « [l]'Italie répudie la guerre en tant qu'instrument d'atteinte à la liberté des autres peuples et comme mode de solution des différends internationaux ; elle consent, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice entre les Nations ; elle promeut et favorise les organisations internationales poursuivant ce but ».

Par son arrêt n° 14 du 7 mars 1964 dans l'affaire *Costa-ENEL* (17), la Cour constitutionnelle a reconnu que des limitations de souveraineté peuvent être consenties par l'Italie en vertu de l'article 11 de la Constitution. Cependant, un traité international conclu sur la base de cette disposition n'est introduit en droit interne que par une loi ordinaire. Rejetant la thèse selon laquelle une loi postérieure contraire au traité violerait, en même temps, et de ce fait, l'article 11 de la Constitution, la Cour constitutionnelle conclut qu'il ne saurait s'agir d'une question d'inconstitutionnalité de la loi postérieure incompatible avec la loi d'exécution du traité et que le conflit entre les deux lois devrait être résolu selon la règle de succession des lois dans le temps. On conçoit, dès lors, l'absence de tout moyen juridique pour garantir la primauté du droit communautaire sur la loi postérieure. Cette conclusion sera

(17) Précitée.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

abandonnée quelques années plus tard, mais, avant d'y parvenir, la Cour constitutionnelle a rendu, le 27 décembre 1965, un arrêt n° 98 *San Michele* (18) qui, bien que relatif au Traité CECA, exprime une conception d'ensemble sur les rapports entre les ordres juridiques communautaire et national.

Dans cet arrêt *San Michele*, la Cour constitutionnelle considère que le but du Traité de Paris était de « coordonner certaines initiatives économiques qui se déroulent sur les territoires de plusieurs États ». Elle estime que cette Communauté « constitue un ordre juridique tout à fait séparé de l'ordre interne ». La question des relations entre l'ordre juridique italien et celui créé par le Traité CECA fait ensuite l'objet d'un examen plus élaboré. L'ordre juridique national reconnaît, certes, l'ordre juridique communautaire, non pas pour l'insérer dans son système, mais seulement pour rendre plus efficace la coopération internationale qu'il organise et pour délimiter les cas où l'activité des organes communautaires produit des effets internes. La reconnaissance de tels effets n'est pas totale. Selon la Cour constitutionnelle, il existe, au sein de la Constitution, un « noyau » de principes fondamentaux – telle la protection des droits inaliénables de l'homme – auxquels nul ne saurait déroger. La loi ordinaire, par laquelle le traité est introduit en droit interne, serait inconstitutionnelle si le traité dérogeait aux principes fondamentaux de la Constitution italienne. Ces thèmes sont des plus constants dans la jurisprudence constitutionnelle et, échappant à toutes ses vicissitudes, ils figurent même dans l'arrêt *Granital*.

L'observation que toute violation des principes fondamentaux de la Constitution par la loi d'exécution du traité entacherait celle-ci d'inconstitutionnalité a été réitérée dans l'arrêt du 27 décembre 1973 n° 183 à propos des affaires *Frontini* et *Pozzani* (19), arrêt qui, à bien des égards, constitue une étape significative dans l'évolution de la jurisprudence communautaire de la Cour constitutionnelle.

Se référant au préambule du Traité CEE, la Cour constitutionnelle déclare qu'« il n'est donc pas douteux que le traité de Rome réponde pleinement aux finalités indiquées à l'article 11 de la Constitution ». Cette légitimation *in toto*, que l'on aurait souhaitée définitive, n'a, pourtant, pas revêtu une telle signification dans les arrêts postérieurs. La Cour constitutionnelle caractérise la Communauté comme « une nouvelle organisation interétatique, de type supranational, à caractère permanent, dotée de la personnalité juridique et de la capacité de représentation internationale ».

(18) Précité.

(19) Précité.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Elle constate que la Communauté est une « institution caractérisée par un ordre juridique autonome et indépendant » à laquelle les États membres ont conféré et reconnu des pouvoirs souverains déterminés.

S'agissant des règlements communautaires, la Cour constitutionnelle remarque que ceux-ci sont des actes « ayant un caractère normatif général au même titre que les lois de l'État, dotés d'efficacité obligatoire dans tous leurs éléments et directement applicables dans tout État membre, c'est-à-dire immédiatement obligatoires pour les États et pour leurs citoyens sans que des règles internes d'adaptation ou de réception soient nécessaires ». Ces caractères des règlements sont, observe la Cour, admis par la jurisprudence « désormais concordante » des juridictions des États membres.

Reconnaissant que les institutions communautaires possèdent un pouvoir normatif, la Cour constitutionnelle admet que les États membres ont transféré à la Communauté « une partie de l'exercice de la fonction législative ». Dans le cas de l'Italie, un tel transfert est autorisé par l'article 11 de la Constitution. Cette disposition permet « l'acceptation par voie conventionnelle des "limitations de souveraineté" » et justifie par suite « les limitations des pouvoirs de l'État quant à l'exercice des fonctions législative, exécutive et juridictionnelle rendues nécessaires par l'institution d'une Communauté entre les États européens ». L'attribution par l'Italie de pouvoirs normatifs aux organes communautaires et la limitation corrélative de ses propres pouvoirs ne sont ni unilatérales ni sans contrepartie. Les autres États ont fait de même et ont acquis des pouvoirs dans le cadre communautaire. En concluant le Traité CEE, l'Italie a accompli « un choix politique d'importance historique ». Les limitations de souveraineté consenties trouvent donc leur équivalent dans les pouvoirs acquis au sein de la Communauté constituant le début du processus d'intégration des États d'Europe.

La Cour constitutionnelle reconnaît « l'ordre juridique propre à la Communauté » et considère que le droit communautaire et le droit national « peuvent apparaître comme des systèmes juridiques autonomes et distincts bien que coordonnés selon la répartition des compétences établie et garantie par le traité ». Quant aux règlements adoptés par les institutions communautaires, ils ne sont à la source ni de droit international, ni de droit étranger, ni de droit interne. Les règlements sont des actes ayant force et valeur de loi dans chaque État membre et doivent avoir une pleine efficacité.

Les garanties offertes par la Constitution italienne au regard de la législation interne ne s'appliquent pas à l'activité des organes communautaires.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Celle-ci est réglée par le traité qui constitue, par ailleurs, le statut fondamental de la Communauté.

Cependant, la Cour constitutionnelle relève que l'ordre juridique communautaire contient, lui aussi, des garanties de protection juridictionnelle. S'attachant, en particulier, aux règlements communautaires, la Cour constitutionnelle constate que ceux-ci ne peuvent intervenir que dans les domaines relevant *ratione materiae* de la compétence communautaire et qu'ils sont soumis, dans une certaine mesure, au contrôle du Parlement européen, « institution destinée dans un développement ultérieur souhaitable du processus d'intégration à acquérir une représentativité plus directe et des pouvoirs plus larges ». La Cour constitutionnelle remarque, en outre, que les règlements sont adoptés par le Conseil aux travaux duquel l'Italie participe d'une manière directe et constante et que cette participation du gouvernement implique un contrôle indirect, mais néanmoins vigilant et attentif, du Parlement italien. Les obligations de motivation et de publication prescrites par le traité sont des garanties supplémentaires.

La compétence de la Cour de justice, notamment en matière d'excès de pouvoir et de renvoi préjudiciel, est ensuite envisagée. La Cour constitutionnelle estime que l'activité normative de la Communauté concerne essentiellement les rapports économiques au sujet desquels des garanties suffisantes sont offertes par le traité. Il est difficile de concevoir, estime-t-elle, même de façon abstraite, des cas où un règlement communautaire pourrait avoir une incidence en matière de rapports civils, éthico-sociaux, politiques, du fait de dispositions contraires à la Constitution italienne.

La Cour constitutionnelle souligne que les limitations de souveraineté autorisées par l'article 11 de la Constitution ne le sont que pour les finalités qui y sont indiquées. Elle exclut, par conséquent, que ces limitations consenties par l'Italie et précisées dans le traité « puissent de quelque manière comporter pour les institutions de la CEE un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine ». S'il est bien exclu que la Cour constitutionnelle apprécie la constitutionnalité des règlements communautaires, le contrôle de la constitutionnalité de la loi d'exécution pour assurer le respect des principes fondamentaux contenus dans la Constitution serait possible dans le cas où l'on devrait donner une interprétation aussi aberrante de l'article 189 du traité (20).

(20) Remarquons qu'une interprétation « aberrante » de l'article 189 du traité pourrait être donnée non seulement par le Conseil ou la Commission, mais aussi par la Cour de justice. Voy., également, les observations du juge P. PESCATORE, « La protection des droits fondamentaux

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Le professeur P. de Caterini considère que cet arrêt de la Cour constitutionnelle a clos le débat sur la position constitutionnelle du droit communautaire (21). Le traité européen a été conclu en vertu de l'article 11 de la Constitution et introduit en droit interne par une loi ordinaire. Cependant, la loi d'exécution peut introduire des dérogations à la Constitution italienne à condition de correspondre aux finalités indiquées par l'article 11, d'être limitée aux matières relevant dorénavant du traité et de ne pas déroger aux principes fondamentaux de la Constitution italienne. Un contrôle de la conformité à la Constitution de la loi d'exécution serait possible au cas où les institutions communautaires auraient méconnu ces limitations. L'auteur estime que « tout le raisonnement part... d'une conscience précise des exigences de l'ordre juridique communautaire et l'objectif fondamental est celui d'assurer une position particulière aux traités européens » (22). Il estime que la Cour constitutionnelle est encline à reconnaître aux traités communautaires une position différente de celle des autres accords internationaux (23).

Cette dernière observation est contestée par le professeur J.-V. Louis qui ne trouve rien dans l'arrêt permettant d'en tirer une telle conclusion. Mais l'auteur relève que « la Cour constitutionnelle adopte une vision de l'ordre juridique communautaire où apparaît nettement sa spécificité » (24).

Cet arrêt a laissé cependant ouverte la question du sort réservé à la loi nationale postérieure incompatible avec le droit communautaire. C'est cette question que la Cour constitutionnelle allait trancher par son subséquent arrêt.

Par l'arrêt n° 232 du 22 octobre 1975 dans l'affaire *Industria Chimica Italia Centrale* (25), la Cour constitutionnelle rappelle sa conception en matière de rapports entre les ordres juridiques communautaire et national. Le fondement du transfert des compétences normatives à la Communauté et son corollaire, la limitation des pouvoirs étatiques, se trouvent dans l'article 11 de la Constitution. Les ordres juridiques communautaire et national sont des systèmes autonomes et distincts bien que coordonnés selon une répartition de compétence aménagée par le traité. Dès lors, les règles communautaires, en raison des exigences fondamentales d'uniformité et de sécurité juridique, doivent

par le pouvoir judiciaire », Rapport communautaire au 7^e Colloque de la F.I.D.E., *L'individu et le droit européen*, Bruxelles, 1975, p. II/1, spéc. pp. II/14-16.

(21) *C.D.E.*, 1975, p. 133.

(22) *Ibid.*, p. 137.

(23) *Ibid.*, note n° 39.

(24) *J.T.*, 1974, p. 416.

(25) Précité.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

être pleinement efficaces dans tous les États membres sans qu'il y ait besoin de les introduire par des mesures de droit interne.

Pour la Cour constitutionnelle, l'adoption de mesures nationales contraires au droit communautaire constitue une violation de l'article 11 de la Constitution « en vertu duquel l'Italie a adhéré à la Communauté, consentant, dans des conditions de réciprocité avec les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à son institution et à la poursuite des objectifs d'intégration, de solidarité et de développement économique et social commun des États européens et par conséquent aussi de paix et de justice parmi les nations ».

Vient, ensuite, la discussion sur le sort de la loi postérieure contraire au traité et de l'attitude que doit adopter le juge interne à son égard. Niant le droit du juge italien de présumer une primauté générale du droit communautaire sur le droit interne, la Cour constitutionnelle envisage la question de savoir dans quelle mesure le juge devrait pouvoir prononcer la nullité ou l'inapplicabilité de la loi postérieure contraire, et rejette ces deux solutions. Selon elle, le pouvoir normatif communautaire, s'exerçant conformément à une répartition des compétences, n'a pas pour conséquence « de priver radicalement de toute efficacité la volonté souveraine des organes législatifs des États membres, même lorsque cette volonté se manifeste dans des domaines réservés par les traités à la réglementation communautaire ; un tel transfert soulève au contraire le problème différent de la constitutionnalité des divers actes législatifs ». La solution de l'inapplicabilité de la loi postérieure n'est pas admise non plus, car elle impliquerait la reconnaissance du pouvoir du juge de déterminer quelle règle est valablement applicable, « ce qui équivaldrait à admettre qu'il aurait, ne fût-ce que dans certains domaines limités, le pouvoir d'établir et de déclarer l'incompétence absolue de notre législateur, pouvoir qui ne lui est certainement pas attribué dans le cadre de l'ordre juridique en vigueur ».

La conclusion en est que, « placé devant la situation créée par l'adoption de règles législatives italiennes ayant intégré et transformé en loi interne des règlements communautaires directement applicables, le juge est tenu de soulever la question de la constitutionnalité de ces lois ».

Cet arrêt représentait, pendant les neuf ans qui le séparaient de l'arrêt *Granital*, l'état du droit en Italie. On notera que la Cour constitutionnelle rejette la solution de la nullité ou de l'inapplicabilité de la loi nationale postérieure contraire au droit communautaire et, surtout, qu'elle nie la compétence des juridictions italiennes de résoudre un tel conflit. La sanction de la violation du droit communautaire par une

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

mesure nationale postérieure est une déclaration d'inconstitutionnalité de cette dernière, une déclaration que seule la Cour constitutionnelle peut prononcer.

Bien qu'il s'agisse seulement d'un détour procédural – la primauté du droit communautaire étant admise –, les conséquences de cette solution portent incontestablement atteinte aux exigences du droit communautaire. L'efficacité des règles directement applicables se trouve conditionnelle, dépendante d'une procédure préalable se déroulant devant la Cour constitutionnelle. Les commentateurs de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n'ont pas manqué de souligner l'effet préjudiciable à l'applicabilité du droit communautaire résultant de cette jurisprudence. Ainsi, M^{me} L. Plouvier constate qu'« en vertu de l'arrêt de 1975, en effet, l'applicabilité des règlements n'est pas immédiate, mais suspendue jusqu'au moment où la mesure interne qui les contredit ou reproduit aura été déclarée inconstitutionnelle par la Cour » (26). Cette solution, qui s'applique aussi bien aux cas des lois que des mesures administratives, réduit singulièrement les pouvoirs du juge, estime M. G. Olmi. D'une manière générale, ce dernier auteur remarque que la solution consacrée par la Cour constitutionnelle complique inutilement la procédure sur le plan pratique et que, sur le plan théorique, elle « ne s'accorde pas avec le principe de l'effet direct et de la primauté du droit communautaire dans la mesure où aussi longtemps que la Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée, il est interdit à l'autorité judiciaire et à l'autorité gouvernementale d'exercer leur pouvoir d'appliquer la règle communautaire » (27).

Le professeur J.-V. Louis, pour sa part, considère que la solution imposée par la Cour constitutionnelle est insatisfaisante en raison de la technique choisie pour assurer la primauté du droit communautaire et des inconvénients qui en découlent pour l'effectivité de celui-ci (28). Le professeur J.-V. Louis relève que la solution adoptée par la Cour constitutionnelle repose sur le fait que la reconnaissance de la primauté du droit communautaire est consacrée par l'article 11 de la Constitution, et non pas par la nature même du droit communautaire. Certes, admet l'auteur, une loi contraire au droit communautaire l'est aussi à la Constitution italienne. Mais, dès lors que, dans son arrêt *Frontini*, la Cour constitutionnelle a reconnu la compatibilité fondamentale du traité avec la Constitution, « il ne serait pas concevable que... le juge constitutionnel italien puisse

(26) *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, pp. 293-294.

(27) *R.M.C.*, 1981, pp. 253-254.

(28) *Giurisprudenza Costituzionale*, 1975, p. 2350.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

exercer un contrôle permanent à l'occasion de n'importe quelle affaire mettant ainsi en cause, sans limite dans le temps, les fondements mêmes de la participation de l'Italie à la Communauté et la sincérité de son engagement européen ». En somme, observe le professeur J.-V. Louis, c'est sur des considérations relatives à l'incompétence du juge ordinaire que la Cour constitutionnelle fonde son droit exclusif de censurer des lois contraires à la Constitution, en trouvant, *a posteriori* en quelque sorte, le point d'appui de sa solution dans l'article 11.

C'est le délai dans l'application de la règle communautaire qui est inacceptable. À suivre la Cour constitutionnelle, observe un auteur américain, la règle communautaire contredite par une mesure nationale ne pourrait s'appliquer qu'au terme d'une longue procédure comportant, éventuellement, sept étapes successives (29).

Une telle solution est, certes, inadmissible au vu des exigences d'application immédiate des normes communautaires. Ces dernières s'appliquent, de plein droit, dès leur entrée en vigueur. Le respect de cette exigence assure, seul, l'application simultanée du droit communautaire dans les États membres. Celle-ci n'est qu'une manifestation du caractère unitaire et uniforme, inhérent au droit communautaire.

Éprouvant des doutes quant à la compatibilité de la position de la Cour constitutionnelle avec les exigences essentielles de l'application judiciaire interne du droit communautaire, le *pretore* de Susa a provoqué une prise de position de la part de la Cour de justice, exprimée par un arrêt qui est, incontestablement, l'un des plus importants qu'elle ait jamais rendus. Avant de l'aborder, il convient de rappeler l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 163 du 29 décembre 1977 dans l'affaire *Unil-It* (30), dans lequel elle a déclaré qu'il était presque inutile de rappeler les principes déjà affirmés relatifs au régime des relations entre l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique interne, particulièrement la plénitude de l'effet obligatoire et l'applicabilité directe des règlements communautaires qui priment des règles antérieures incompatibles et qui doivent entrer en vigueur simultanément en tant que source immédiate des droits et obligations des États et de leurs ressortissants en leur qualité de sujets de la Communauté.

Évoquons encore l'arrêt *Comavicola* (31) n° 304 du 26 octobre 1981 dans lequel la Cour constitutionnelle a déclaré que, dès lors que le

(29) P. W. SCHROTH, « Marbury and Simmenthal: reflections on the adoption of decentralized judicial review by the Court of Justice of the European Community », *Loyola of Los Angeles Law Review*, 1979, p. 869.

(30) Précité.

(31) Précité.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

législateur national, en abrogeant une loi incompatible avec le traité, a entendu se conformer au droit communautaire, la loi d'abrogation devrait être reconnue comme ayant un effet rétroactif. Ainsi, sans revenir sur la position de principe de l'arrêt *Industrie Chimiche Italia Centrale*, la Cour constitutionnelle en réduit quelque peu la portée. Dès lors qu'une loi d'abrogation est intervenue, le juge italien est en droit de lui reconnaître un effet rétroactif sans devoir saisir la Cour constitutionnelle.

L'arrêt *Comavicola* s'inscrit, sans doute, dans le cadre de l'effort entrepris par la Cour constitutionnelle pour amorcer un rapprochement avec la solution préconisée par la Cour de justice dans l'affaire *Simmenthal*. Partiel, timoré, ce rapprochement a été davantage réalisé par l'arrêt *Granital*. Mais, pour pouvoir l'apprécier, il est nécessaire de revenir quelques années en arrière et d'examiner l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Simmenthal*.

B. – La solution consacrée par l'arrêt *Simmenthal*

Dans l'affaire *Simmenthal*, la Cour de justice a été invitée à dire si le juge interne était en droit de constater lui-même « l'inapplicabilité de plein droit » de la loi nationale postérieure contraire au droit communautaire. Visiblement, le *pretore* qui l'a saisie voulait amener la Cour de justice à se prononcer sur la position de la Cour constitutionnelle italienne qui réservait à cette dernière le droit exclusif de trancher le conflit entre loi postérieure et droit communautaire.

Dans son arrêt du 9 mars 1978, la Cour de justice a rappelé les considérations essentielles qui doivent régir les rapports entre les ordres juridiques communautaire et national. Quant à l'application immédiate du droit communautaire, elle a déclaré sans ambages que celle-ci signifie que le droit communautaire doit déployer ses pleins effets d'une manière uniforme à partir de son entrée en vigueur pendant la durée de sa validité. Des dispositions directement applicables, a-t-elle souligné, constituent une source immédiate de droits et d'obligations pour les sujets du droit communautaire et « cet effet concerne également tout juge qui, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire » (32).

Ajoutant que reconnaître une efficacité juridique quelconque à des mesures nationales contraires au droit communautaire reviendrait à

(32) Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, spéc. p. 644.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

nier pour autant le caractère effectif des engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres et à compromettre ainsi les bases mêmes de la Communauté, la Cour de justice estime, en outre, que l'effet utile de l'article 177 du traité serait amoindri si le juge national était empêché de donner au droit communautaire une application immédiate conforme à sa nature.

De ces considérations, il découle « que tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire » (33).

Mais si la Cour de justice enjoint au juge interne d'écarter l'application de la loi postérieure contraire, elle précise également, dans le fameux *attendu* n° 17 de l'arrêt *Simmenthal*, que la primauté du droit communautaire et son applicabilité directe ont pour effet « d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires ». Elle fait, donc, une distinction entre la loi antérieure qui, elle, devient inapplicable et la loi postérieure qui, en revanche, est empêchée d'être valablement formée. C'est parce qu'elle est entachée d'un vice inné d'incompétence que la loi postérieure ne saurait être valablement formée. Selon la Cour, la validité, même provisoire, d'une loi intervenant dans le domaine relevant de la compétence communautaire mettrait en question les bases mêmes de la Communauté.

Si cette distinction entre la loi antérieure et la loi postérieure s'explique et se justifie, on voit mal, dans le cas de la seconde, ce que le juge devrait considérer comme inapplicable. La loi nationale postérieure est réputée n'avoir jamais été valablement formée, le juge devrait la considérer comme inexistante (34).

(33) *Ibid.*

(34) Nous avons soutenu la thèse de l'inexistence de la loi postérieure dans nos observations sous l'arrêt *Simmenthal* aux *C.D.E.*, 1978, p. 260. Voy., dans le présent recueil, p. 43. Cette solution n'a pas été partagée par les autres commentateurs. Voy., *infra*, note n° 72. Cependant, le professeur R. JOLLET, sans pour autant approuver cette solution, écrit : « Les juges de la C.J.C.E., qui sont si prompts à dénoncer la révolte des juges nationaux contre l'ordre juridique communautaire les invitent ici à se rebeller contre leur propre ordre juridique. La C.J.C.E. enjoint au juge national d'exercer un pouvoir que lui refuse son système constitutionnel interne. Le droit communautaire donne à ce juge, selon la C.J.C.E., un pouvoir dont il est privé par son ordre constitutionnel interne. Le moyen technique pour arriver à ce résultat est d'affirmer l'inexistence ou la nullité des lois nationales contraires. Pourquoi devrait-on attendre une déclaration d'inconstitutionnalité, puisque la loi n'existe pas !? », in *Le droit institutionnel des Communautés européennes, Les institutions, les sources, les rapports entre ordres juridiques*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1983, p. 339.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne s'est trouvée ainsi désavouée. Ayant cette jurisprudence en vue, la Cour de justice a déclaré en des termes énergiques « que serait, dès lors, incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire, toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires » (35). Vient ensuite une condamnation explicite de la règle énoncée par la Cour constitutionnelle. La Cour de justice a apporté sa réponse au *pretore* par un *attendu* qui, selon un commentateur, « ne manquera pas de passer à la postérité » (36) : « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (37).

À vrai dire, cette condamnation de la position de la Cour constitutionnelle italienne était prévisible et se comprend à la lumière de l'insistance constante de la Cour de justice quant à l'application immédiate du droit communautaire. Par exemple, dans son arrêt *Commission c. Italie*, la Cour a déclaré que « la réalisation des buts de la Communauté exige que les règles du droit communautaire... s'appliquent au même moment et avec des effets identiques sur toute l'étendue du territoire de la Communauté sans que les États membres puissent y opposer des obstacles quels qu'ils soient » (38). Dans une autre affaire, la Cour considère que « sont contraires au traité toutes modalités d'exécution dont la conséquence pourrait être de faire obstacle à l'effet direct des règlements communautaires et de compromettre ainsi leur application simultanée et uniforme dans l'ensemble de la Communauté » (39).

(35) *Rec.*, 1978, p. 644.

(36) D. CARREAU, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? La contribution de l'arrêt *Simmenthal* », *Rev. trim. dr. eur.*, 1978, p. 381, spéc. p. 405.

(37) *Rec.*, 1978, p. 645.

(38) Aff. 48/71, *Rec.*, XVIII, p. 529, spéc. pp. 534-535.

(39) Aff. 39/72, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1973, pp. 113-114.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Pour motiver sa réponse, la Cour de justice fait appel aux principes les plus fondamentaux depuis longtemps consacrés par sa jurisprudence. Les impératifs d'application uniforme, immédiate et intégrale du droit communautaire sont soulignés ; la nécessité de permettre au droit communautaire de déployer la plénitude de ses effets et d'avoir une pleine efficacité est rappelée.

L'arrêt *Simmenthal* a fait l'objet de nombreux commentaires (40). C'est à la fois la sévérité du langage employé et l'extrémisme de la solution consacrée par cet arrêt qui ont provoqué des appréciations diverses de la part de la doctrine. Peut-être est-ce bien le ton qui fait la musique.

Le professeur W. J. Ganshof van der Meersch estime qu'on ne saurait reprocher à l'arrêt de la Cour un manque de logique sur le terrain du droit, même si l'on peut douter de son opportunité du point de vue de la politique judiciaire (41).

« Jamais, jusqu'à présent », observe le professeur J. Boulouis, « la Cour de justice des Communautés européennes n'était allée aussi loin dans les conséquences déduites des caractères du droit communautaire. Jamais, surtout, elle n'avait, en des termes aussi précis et d'une manière aussi rigoureuse, fait peser sur les juges nationaux une obligation qui les place dans une situation d'autant plus délicate que, désormais, sans la moindre échappatoire, elle est susceptible d'engendrer de graves difficultés » (42). Mais le professeur J. Boulouis reconnaît que, bien que formulée en termes péremptaires, l'argumentation de la Cour n'est finalement que l'exploitation de deux thèmes essentiels du droit communautaire : l'applicabilité directe et la primauté (43).

Le professeur D. Carreau remarque que la solution de l'arrêt *Simmenthal* repose sur tout l'acquis jurisprudentiel en matière d'applicabilité directe et de primauté du droit communautaire et considère que l'une des originalités de l'arrêt consiste dans l'accent mis sur la complémentarité de ces deux thèmes (44).

Faisant part de ses hésitations initiales quant à la solution consacrée par l'arrêt *Simmenthal*, le professeur L. Goffin estime, finalement,

(40) Voy., p. ex., L. GOFFIN, *J.T.*, 1978, p. 392 ; J. BOULOUIS, *A.J.D.A.*, 1978, jur., p. 324 ; D. CARREAU, *Rev. trim. dr. eur.*, 1978, p. 381 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Rev. dr. intern. comp.*, 1978, p. 24 ; *C.D.E.*, 1978, p. 260.

(41) « Réflexions sur l'application directe du droit des Communautés européennes dans l'ordre juridique interne des États membres », in ACADÉMIE ROYALE DE BELGIQUE, *Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 1979, p. 534, spéc. p. 462.

(42) *Op. cit.*, p. 324.

(43) *Ibid.*, p. 326.

(44) *Op. cit.*, p. 390.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

que cette décision n'est que l'aboutissement d'une jurisprudence sans laquelle le droit communautaire serait impuissant (45).

La directive adressée par la Cour de justice au juge national d'ignorer tout obstacle interne, de quelque nature qu'il soit, à l'application immédiate et intégrale du droit communautaire est considérée par le professeur D. Carreau comme une justification anticipée d'une « rébellion » des juges inférieurs à l'encontre des juridictions supérieures. Cet auteur se demande si, sur le plan de la politique jurisprudentielle, il était sage pour la Cour de délier le juge inférieur de la subordination hiérarchique qui se trouve à la base de toute organisation judiciaire (46). Dans un sens similaire, le professeur J. Boulouis estime qu'en acceptant d'entrer en conflit avec la Cour constitutionnelle italienne, la Cour de justice s'est érigée en supérieur hiérarchique de celle-ci et a fait obligation aux juges soumis à cette dernière de braver son autorité. L'arrêt *Simmenthal* peut être lourd de conséquences en raison de la modification radicale qu'il entraîne dans les relations entre juges (47).

Les critiques adressées à l'encontre de l'arrêt *Simmenthal* paraissent mal fondées. Comme l'écrit le professeur L. Goffin : « On conçoit mal qu'une norme commune aux États membres puisse être appliquée immédiatement par le juge d'un État et ne puisse l'être par le juge d'un autre qu'après l'élimination par une autre juridiction de la norme nationale contraire. Un droit commun », souligne l'auteur, « est nécessairement uniforme dans le temps et dans l'espace » (48).

Un tel droit doit être appliqué aussitôt que son application est demandée devant le juge compétent pour trancher le litige porté devant lui.

Ainsi que l'observe le professeur R. Kovar, l'arrêt *Simmenthal* révèle l'interférence entre l'immédiateté normative et l'immédiateté organique et démontre que le juge national se voit par là enjoindre, au nom des exigences de l'intégrité et de l'immédiateté des rapports de droit, une obligation qui n'en est que la consécration procédurale, même s'il s'agit du titre de ses compétences nationales (49).

En définitive, l'arrêt *Simmenthal* expose d'une manière dépourvue d'ambiguïté et conformément aux exigences du droit communautaire que le juge national ne saurait se voir imposer aucune obligation,

(45) *Op. cit.*, p. 393.

(46) *Op. cit.*, pp. 416-417.

(47) *Op. cit.*, p. 327.

(48) *Op. cit.*, p. 393.

(49) « L'intégrité de l'effet direct du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté », in *Mélanges Ch. Sasse*, p. 151, spéc. p. 168.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

de quelque nature qu'elle soit, dont l'accomplissement l'amènerait à ignorer les principes essentiels qui commandent l'application du droit communautaire. L'arrêt *Simenthal* souligne que l'immédiateté du droit communautaire est une exigence spatio-temporelle. On ne saurait reprocher à la Cour de justice de tirer les conséquences logiques et inéluctables des caractères soudés et, désormais, incontestables du droit communautaire dégagés par sa propre jurisprudence.

Le professeur J. Boulouis relève que la Cour s'adresse au juge national en tant qu'organe de l'État. Dès lors que l'on affirme se trouver dans un système intégré se traduisant par l'existence d'un véritable ordre juridique, estime-t-il, il est impossible de dissocier la source du droit et le titre du juge : « Si les droits et les obligations conférés aux ressortissants communautaires ont, du fait de l'applicabilité directe, leur source immédiate dans le droit communautaire, c'est également dans celui-ci que les juges chargés de sanctionner ces droits et obligations trouvent directement leur titre à le faire, fussent-ils par ailleurs nationaux ; car à l'applicabilité directe du droit ne peut correspondre la médiatisation du titre du juge chargé d'appliquer ce droit sans qu'il en résulte une série de difficultés et de distorsions dont notre affaire n'est qu'une illustration parmi d'autres ». Et le professeur J. Boulouis ajoute qu'« on a quelque peu oublié – et davantage à Luxembourg qu'à Rome – qu'il s'agissait de s'interroger sur le titre en vertu duquel statue le juge national lorsqu'il applique le droit communautaire » (50).

La solution dérivant du caractère indissociable du titre du juge et du droit qu'il applique est, sans doute, séduisante. Cependant, elle n'emporte pas la conviction de tous. Par exemple, le professeur J. P. Jacqué estime qu'à l'aune du juge national, cette solution s'avère d'une utilité toute théorique, car, même en admettant sa logique, il n'est pas certain que le juge l'adopterait en se libérant, d'un même mouvement, de toutes les servitudes nationales (51). De même, le professeur R. Kovar relève-t-il que la Cour de justice condamne, certes, toute manifestation d'un dualisme organique et procédural, mais qu'elle n'affirme pas pour autant un monisme juridictionnel. L'auteur considère que ce qui est exigé du juge national n'est que la consécration procédurale des rapports normatifs entre les ordres juridiques communautaire et national. Dans certains

(50) *Op. cit.*, p. 326.

(51) « À propos de la guerre des juges. Accords et désaccords entre le juge français et la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue administrative de l'Est de la France*, 1981, n° 24, p. 1, spéc. p. 20.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

cas, l'immédiateté normative implique une réduction de la marge de l'autonomie institutionnelle. « Cette marge », conclut le professeur R. Kovar, « tend à se réduire au titre à exercer la compétence nationale communautairement définie dans son exercice » (52).

Si, au niveau de la doctrine, l'arrêt *Simmenthal* a suscité une vive réaction, il ne semble pas avoir eu un effet profond sur l'attitude des juridictions italiennes. Le *pretore* de Susa, celui même qui l'avait sollicité, n'a pas tiré toutes les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice. Certes, par un jugement du 3 octobre 1978 (53), il a écarté l'application de la loi postérieure contraire au traité, mais en se fondant sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle dans l'affaire *Unil-It*, par lequel cette dernière a prononcé l'inconstitutionnalité de ladite loi. Le *pretore* a estimé, dès lors, qu'il se trouvait en présence d'un conflit entre une disposition communautaire et une loi antérieure, et qu'il suive la Cour constitutionnelle ou qu'il se rallie à la Cour de justice, le résultat serait le même, à savoir l'inapplicabilité de la loi interne.

Certaines juridictions italiennes, tel, notamment, le tribunal de Venise, se sont insurgées contre la décision de la Cour de justice dans l'affaire *Simmenthal*, estimant que cette dernière a dépassé ses compétences et s'est mise en conflit avec les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel interne relatifs au contrôle de constitutionnalité des lois (54). D'autres juridictions ont simplement ignoré la solution dégagée par la Cour de justice et ont continué à soumettre à la Cour constitutionnelle, conformément à la jurisprudence *Industria Chimica Italia Centrale*, des questions portant sur la constitutionnalité des lois postérieures prétendument contraires au droit communautaire (55). C'est ainsi que, sur renvoi du tribunal de Gênes, l'affaire *Granital* est parvenue au prétoire de la Cour constitutionnelle.

(52) « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », in COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Trente ans de droit communautaire*, Bruxelles, 1981, p. 115, spéc. p. 157.

(53) *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1979, p. 533.

(54) Arrêt du 16 septembre 1982 dans l'affaire *Caseificio Cooperativo di Cornedo Vicentino c. Amministrazione finanziaria dello stato*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, II, p. 580 ; arrêt du 8 octobre 1982 dans l'affaire *Latteria Sociale di Quarngenta Brogliano, Soc. Coop. c. Amministrazione delle Finanze, Giustizia Civile*, 1983, I, p. 621.

(55) Dont la Cour de cassation, voy., p. ex., *Prefetto di Venezia c. SpA Torresana Veneta Carni*, arrêt du 16 décembre 1981, n° 6705, Cr. 16546 – Rep. 2970 et, du même jour, arrêt n° 6704, Cr. 1654 – Rep. 2969. Voy., également, P. GORI, Rapport italien présenté au colloque organisé par la société danoise pour les études européennes sur le thème : *Obligations communautaires des États membres : exécution correcte ou poursuite de buts unilatéraux*, Copenhague, 12-14 novembre 1981, ronéo, p. 23.

II. – L'ARRÊT *GRANITAL* : CONSOLIDATION DE PRÉMISSSES ET MODIFICATIONS DE SOLUTIONS

Dans son arrêt *Granital* du 8 juin 1984, la Cour constitutionnelle reprend les thèmes essentiels de sa jurisprudence, mais tire une conclusion différente de celle précédemment retenue relative à son intervention en matière de conflit entre droit communautaire et loi postérieure. En fait, pour la Cour constitutionnelle, il ne s'agirait pas de préséance et de conflit de normes, mais d'une application de la seule règle compétente conformément au partage de compétences entre la Communauté et ses États membres.

En règle générale, le juge interne devra donner une application immédiate aux règles communautaires et écarter la loi postérieure, sans solliciter l'intervention de la Cour constitutionnelle. Cependant, dans certains cas, l'intervention de cette dernière demeure nécessaire.

A. – L'application immédiate du droit communautaire est assurée sans l'intervention de la Cour constitutionnelle

Soulevant d'office, à titre liminaire, la question de la recevabilité du renvoi, la Cour constitutionnelle a reconnu qu'elle venait d'être saisie conformément à sa jurisprudence « actuelle ». Elle a, ensuite, rappelé que sa position sur la question de l'aménagement des rapports entre droit communautaire et droit interne a évolué, et qu'au terme de cette évolution, la primauté du règlement communautaire sur toutes dispositions législatives nationales est reconnue.

L'application du principe de la primauté du droit communautaire n'entraîne pas toujours des conséquences radicales, puisqu'en vertu d'une règle d'interprétation judiciaire, il existe une présomption de conformité de la loi interne au droit communautaire. Ainsi, entre plusieurs interprétations possibles, le juge est tenu, par la Constitution même, d'adopter celle qui éviterait le conflit entre la mesure nationale et la norme communautaire. En présence d'une incompatibilité irréductible, insusceptible d'être éliminée par le jeu des méthodes d'interprétation, la primauté du droit communautaire devrait toujours être reconnue.

Cependant, dans sa mise en couvreur, la primauté du droit communautaire est bifide : une loi antérieure au règlement communautaire devient caduque et cette caducité rétroagit et remonte au moment où l'incompatibilité était créée ; une loi postérieure, en revanche, est inconstitutionnelle, car la violation d'une règle communautaire constitue, en

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

même temps, une méconnaissance de l'article 11 de la Constitution. Dès lors, lorsqu'un tel conflit surgit, c'est à la Cour constitutionnelle qu'il appartient, exclusivement, de le trancher. C'est cette solution qui a été consacrée par son arrêt *Industrie Chimiche Italia Centrale* (56) et désapprouvée par l'arrêt *Simmenthal* (57) de la Cour de justice. C'est uniquement cette solution que, dans son arrêt *Granital*, la Cour constitutionnelle estime devoir soumettre à un nouvel examen.

Malgré cette mise en garde contre une attente d'une modification par trop importante, et l'avertissement que seule la technique choisie par l'arrêt *Industrie Chimiche Italia Centrale* pour permettre l'application judiciaire du règlement est reconsidérée, on pouvait éprouver un certain optimisme. Est-il possible d'adopter la solution de l'arrêt *Simmenthal* sans adhérer à son fondement et admettre sa motivation ? Les jurisprudences de Rome et de Luxembourg ne seraient-elles, enfin, harmonisées sur des questions essentielles du droit communautaire ? Bien que les raisons qui l'ont incitée à réexaminer sa position ne soient pas exposées dans son arrêt, n'était-on pas en droit de penser que la Cour constitutionnelle désirait, après vingt ans d'errance, rejoindre la Cour des Communautés. Peut-être, aussi, *posteriores cogitationes sapientiores solet esse*.

Les attentes provoquées par l'annonce révisionniste s'évaporent au fur et à mesure que l'on avance dans la lecture de l'arrêt. Car la motivation de l'arrêt *Granital* exprime un refus opiniâtre de se rallier au raisonnement suivi par la Cour de justice et d'admettre la vision que celle-ci adopte sur les rapports entre les ordres juridiques communautaire et national. Si la Cour constitutionnelle parvient, dans son arrêt *Granital*, à abandonner, partiellement d'ailleurs, la solution d'un renvoi constitutionnel pour permettre l'application judiciaire immédiate d'une règle communautaire dans un domaine où une loi nationale postérieure prétend également s'appliquer, c'est en réaffirmant une conception de base qui, fondamentalement opposée à celle de la Cour des Communautés, demeure, plus que jamais, une pomme de discorde.

Pour la Cour de justice, les ordres juridiques communautaire et national fusionnent pour constituer un ordre unitaire à l'intérieur duquel les normes communautaires préservent leurs caractères propres, dont la primauté sur le droit interne. Si, dans son arrêt *Bosch* (58) la Cour de justice a considéré que « le droit national... et le droit communautaire

(56) Arrêt n° 232 du 22 octobre 1975, précité.

(57) Aff. 106/77, arrêt du 9 mars 1978, précité.

(58) Aff. 13/61, *Société Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Société de droit allemand R. Bosch GmbH*, arrêt du 6 avril 1962, *Rec.*, VIII, p. 89.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

constituent deux ordres juridiques distincts et différents » (59), elle a, quelques années plus tard, rectifié sa position et a énoncé une conception unitaire de laquelle elle ne s'est jamais départie. Dans son arrêt *Costa c. ENEL* (60), la Cour a déclaré que « le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leurs juridictions » (61). Une formule presque identique figure dans l'arrêt *Walt Wilhelm* (62) à propos des rapports entre le traité et le droit interne et dans l'arrêt *Neumann* (63) pour qualifier les rapports entre le règlement communautaire et le droit national.

Si la Cour de justice souligne l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, ce n'est pas en vue de nier son intégration dans l'ordre interne. L'autonomie du droit communautaire est envisagée essentiellement en tant que caractère. Ce qui signifie, et c'est pour cette raison que l'autonomie du droit communautaire a été surtout invoquée, que la validité des règles communautaires ne saurait être appréciée, et *a fortiori* niée, en fonction des normes nationales. C'est, précisément, ce que la Cour a déclaré dans son arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* (64), où elle a expliqué que l'unité et l'efficacité du droit communautaire excluaient le recours à des règles communautaires, et que l'autonomie du droit communautaire, impliquant sa primauté, empêche que des règles de droit interne puissent judiciairement s'opposer à son application. Telle est la position, même lorsqu'on prétend que la règle communautaire méconnaît les droits fondamentaux garantis par la Constitution nationale ou les principes structurels de celle-ci.

Puisque, dans l'arrêt *Granital*, la Cour constitutionnelle considère que ses arrêts antérieurs contenaient en filigrane la solution vers laquelle sa « nouvelle réflexion » allait la conduire, elle rappelle, en premier lieu, une constante de sa jurisprudence qui, même réitérée, demeure contestable du point de vue communautaire : « les deux ordres juridiques sont autonomes et distincts, même s'ils sont coordonnés, en fonction de la répartition des compétences établie et garantie par le traité ». La solution de l'arrêt *Frontini* (65) consacrant la primauté du règlement communautaire

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

(60) Aff. 6/64, arrêt du 15 juillet 1964, *Rec.*, X, p. 1141.

(61) *Ibid.*, p. 1158.

(62) Aff. 14/68, *Walt Wilhelm e.a. c. Bundeskartellamt*, arrêt du 13 février 1969, *Rec.*, XV, p. 1, spéc. p. 15.

(63) Aff. 17/67, *Firma Max Neumann c. Hauptzollamt Hof/Saale*, arrêt du 13 décembre 1967, *Rec.*, XIII, p. 571, spéc. p. 589.

(64) Aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, arrêt du 17 décembre 1970, *Rec.*, XVI, p. 1125.

(65) Arrêt n° 183 du 27 décembre 1973, précité.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

sur la loi interne s'explique, dit la Cour constitutionnelle, par la séparation des ordres juridiques en cause. L'application immédiate et directe du règlement communautaire à l'intérieur de l'ordre italien, sans réception ni adoption par des mesures nationales, se justifie, elle aussi, par la même considération. En effet, si la règle communautaire, faisant partie d'un ordre juridique séparé, s'applique sur le territoire italien tout en demeurant extérieure au système des sources de droit interne, c'est en vertu de l'article 11 de la Constitution. Dès lors, puisqu'il s'agit de règles appartenant à deux systèmes juridiques distincts, le conflit entre elles ne saurait être résolu sur la base du principe de la succession des lois dans le temps qui ne s'applique qu'aux mesures de même nature et appartenant au même système juridique.

C'est à la lumière de cette considération, explique la Cour constitutionnelle, qu'il faut comprendre l'affirmation de l'arrêt *Industria Chimica Italia Centrale* (66) selon laquelle la règle interne ne cède pas la place à la règle communautaire en raison d'un rapport de hiérarchie. La règle communautaire se voit reconnaître la primauté en raison de la coordination des deux ordres juridiques qui demeurent distincts et autonomes. Cette coordination « est due au fait que la loi d'exécution du traité a transféré aux institutions communautaires, conformément à l'article 11 de la Constitution, les compétences que celles-ci exercent, bien entendu, dans les domaines qui leur sont réservés ». Cette démarche qui ramène l'effet du droit communautaire à l'intérieur de l'ordre italien, tout comme l'appartenance même de l'Italie aux Communautés, à l'article 11 de la Constitution, expliquerait l'ultime réserve quant aux vices qui pourraient entacher d'inconstitutionnalité la loi d'exécution du traité.

Si le règlement communautaire est reconnu en droit italien comme ayant une force et valeur de loi, l'analogie ne devrait pas induire en erreur. Le règlement ne se transforme et ne se transfigure pas en une loi interne, ni expressément par sa reproduction – condamnée aussi bien par la Cour de justice (67) que par la Cour constitutionnelle (68) – ni implicitement. Il garde sa nature d'acte communautaire qui, tout en s'appliquant sur le territoire national, ne s'incorpore pas au droit interne et n'est, dès lors, pas soumis au régime prévu pour les règles appartenant à ce dernier. La coexistence de deux ordres juridiques sur le territoire italien est soulignée. Reconnaisant le « rapport particulier »

(66) Arrêt n° 232 du 22 octobre 1975, précité.

(67) Aff. 39/72, *Commission c. Italie*, Rec., 1973, p. 101 ; aff. 34/73, *Variola*, Rec., 1973, p. 981.

(68) Arrêt du 17 décembre 1973, *Frontini*, précité.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

que l'ordre juridique italien entretient avec l'ordre juridique communautaire, la Cour constitutionnelle considère que ce type de rapport et les limitations de souveraineté qui en découlent permettent au règlement communautaire de déployer ses effets, tels que définis par son ordre juridique d'origine, sur le territoire italien, et c'est dans ce sens seulement qu'il faut comprendre l'analogie avec la loi interne.

La séparation des ordres juridiques signifie que l'on ne peut pas envisager le problème de primauté en termes de conflit de normes (69). Appartenant à deux systèmes juridiques distincts se mouvant dans deux sphères respectivement cloisonnées, il ne saurait s'agir d'une hiérarchie entre les règles de l'un et celles de l'autre. Par rapport au domaine de la règle communautaire, « la loi nationale reste, en effet, tout bien considéré, située dans un ordre qui n'entend pas se superposer à la production normative de l'ordre distinct et autonome de la Communauté, bien qu'il en garantisse l'observation sur le territoire national ». Remplaçons les références à la loi interne par des mentions relatives au droit communautaire, et la position de la Cour constitutionnelle apparaît dans tout son éclat : « la règle communautaire reste... située dans un ordre qui n'entend pas se superposer à la production normative de l'ordre distinct et autonome des États membres ». L'antinomie avec la conception de la Cour de justice est évidente, et le renversement des termes ainsi fait permet de se convaincre de la vision symétrique de la Cour constitutionnelle quant aux positions réciproques de deux ordres juridiques. Qu'une telle symétrie corresponde bien à la vision de la Cour constitutionnelle est attesté quelques pages plus tard, lorsque la Cour déclare que « le règlement produit effet en tant qu'acte communautaire et parce qu'il s'agit d'un acte communautaire, il ne peut ni abroger ni modifier les textes nationaux contraires, ni y déroger, ni en invalider les dispositions ». Inversons, ici aussi, les références au droit communautaire et au droit interne, et cette position se confirme : « la loi nationale produit effet en tant qu'acte national et puisqu'il s'agit d'un acte national elle ne peut ni abroger ni modifier les textes communautaires contraires, ni y déroger ni en invalider les dispositions ».

Le schisme est donc consommé. La Cour constitutionnelle reconnaît que, si l'on admettait avec la Cour de justice que les ordres juridiques communautaire et national forment un ensemble unitaire à l'intérieur

(69) Cette idée a été retenue, pendant un certain temps, par d'éminents auteurs. Voy., notamment, le compte rendu par le professeur P. PESCATORE de la discussion sur le rapport de M. N. CATALANO à la Semaine de Bruges, 1965, *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, p. 87. Voy., également, le rapport de M. LAGRANGE, « La primauté du droit communautaire sur le droit national », *ibid.*, p. 21.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

duquel les normes communautaires, en gardant leur spécificité, bénéficient d'une supériorité normative, la solution ne serait pas la même. Mais elle omet de discuter les arguments mis en avant par la Cour de justice pour établir la conception unitaire et se contente de reproduire le refrain du thème du partage des compétences et de la séparation des ordres juridiques.

Précisant ainsi sa conception, la Cour constitutionnelle est conduite à envisager le rôle du juge interne. Le point de destination de son nouvel effort est annoncé dès le prologue de l'arrêt *Granital* où elle déclare qu'« il n'y a aucune raison de penser que le juge est compétent pour connaître de l'incompatibilité entre la disposition communautaire et la disposition nationale ou, inversement, qu'il est tenu de soulever la question de la constitutionnalité, sur la seule base de l'ordre chronologique dans lequel interviennent les deux dispositions ». En indiquant qu'elle demeure fidèle aux prémisses de sa jurisprudence antérieure, la Cour constitutionnelle abandonne le résultat de son arrêt *Industrie Chimiche Italia Centrale* et libère ainsi le juge interne de la servitude pesant sur lui depuis le prononcé de cet arrêt, sans l'investir pour autant de toutes les prérogatives nécessaires à l'accomplissement de sa fonction communautaire.

Conséquence ultime de la séparation des ordres juridiques communautaire et national, la confrontation judiciaire entre des mesures appartenant respectivement à ceux-ci ne saurait avoir lieu, car toute appréciation de conformité présuppose un rapport de hiérarchie qui est, par définition, exclu.

Si ce raisonnement, fondé essentiellement sur des considérations tenant à la séparation des ordres juridiques en présence, conduit la Cour constitutionnelle à nier, pour incompétence, le pouvoir du juge interne d'apprécier la question de comptabilité entre droit communautaire et droit national – opération futile, sinon impossible, en raison de l'inapplicabilité des critères permettant de porter un jugement sur cette question –, des éléments relatifs au conflit de normes ne manquent pas, néanmoins, de pénétrer sa démonstration. Le règlement communautaire, intervenu dans le domaine réservé à la compétence communautaire, réalise une préemption et ne permet pas à une règle nationale de régir la matière couverte par lui. Dès lors, lorsqu'une loi interne prétend s'appliquer à la même matière, le juge ne devrait pas apprécier sa conformité au règlement communautaire, mais vérifier seulement l'applicabilité du règlement, déterminée par l'ordre communautaire, pour écarter la loi nationale. Cette dernière est évincée du terrain dans lequel la règle communautaire est déjà applicable.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

La loi nationale paraît subir, dès lors, un sort plus grave lorsqu'elle est antérieure à la règle communautaire que lorsqu'elle lui est postérieure. Rappelons que la jurisprudence de la Cour de justice n'exige que l'inapplicabilité de la loi antérieure contraire, même si elle reconnaît le pouvoir du juge d'aller au-delà, le cas échéant, de cette solution (70). La Cour constitutionnelle a considéré la loi antérieure rétroactivement caduque, alors que, dans l'arrêt *Granital*, elle estime que la loi postérieure est seulement inapplicable. Cette conclusion peut d'autant plus surprendre que l'adoption des lois postérieures est toujours considérée comme plus grave – en raison de l'empiètement sur le domaine de la compétence communautaire – que l'incompatibilité d'une loi nationale antérieure avec la règle communautaire. Si la loi nationale antérieure est réputée abrogée, elle l'est, généralement, en raison de l'adoption de la loi d'exécution du traité selon le principe de la succession des lois dans le temps. À la réflexion, pourtant, la nouvelle position n'équivaut pas à un abandon de la thèse de l'inconstitutionnalité de la loi postérieure. Celle-ci demeure toujours inconstitutionnelle pour violation de l'article 11. Mais, contrairement à la solution de l'arrêt *Industrie Chimiche Italia Centrale*, son élimination préalable par la Cour constitutionnelle pour que le juge interne puisse l'ignorer n'est plus requise. Tout en privant le juge du droit de se prononcer sur la validité d'une telle loi, on l'autorise à l'écartier, non pas parce qu'elle est inconstitutionnelle, mais parce que, *ratione materiae*, elle n'est pas applicable. Rappelons que, dans l'arrêt *Industrie Chimiche Italia Centrale*, la Cour constitutionnelle a nié au juge le droit de considérer la loi postérieure inapplicable au motif, précisément, qu'une telle opération l'amènerait, inévitablement, à se prononcer sur l'incompétence du législateur. Le rapport nécessaire entre la décision sur l'inapplicabilité de la loi et l'incompétence de son auteur n'est plus reconnu.

Mais, si le vice d'inconstitutionnalité ne saurait être relevé par le juge, et puisque le renvoi à la Cour constitutionnelle n'est plus admis, une déclaration d'inconstitutionnalité ne saurait être obtenue et la seule sanction d'une loi inconstitutionnelle serait son inapplicabilité.

(70) Voy., notamment, l'arrêt 34/67, *Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, Rec., XIV, p. 359 ; l'arrêt 84/71, *SpA Marimex c. Ministère des finances de la République italienne*, Rec., XVIII, p. 89 ; l'arrêt 93/71, *Orsolina Leonesio c. Ministère de l'agriculture et des forêts de la République italienne*, Rec., XVIII, p. 287 et l'arrêt 106/77, *Administration des finances de l'État italien c. Société anonyme Simmenthal S.p.A.*, Rec., 1978, p. 629. Les arrêts 167/73, *Commission des Communautés européennes c. République française (Code du travail maritime)*, Rec., 1974, p. 359 et 159/78, *Commission des Communautés européennes c. République italienne (Expéditeurs en douane)*, Rec., 1979, p. 3247, peuvent être interprétés, cependant, comme exigeant l'abrogation des mesures nationales contraires au traité.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

La primauté du règlement communautaire est comprise dans le sens que la loi postérieure « n'agit pas dans le domaine où se situe cet acte, lequel obéit entièrement au droit communautaire ». Et la Cour constitutionnelle précise qu'en dehors du champ d'application matériel et temporel de la règle communautaire, la loi interne produit ses effets et est soumise, à l'instar de toute loi ordinaire, au régime de droit commun, y inclus le contrôle de sa conformité à la Constitution.

Le règlement communautaire, qu'il précède ou qu'il suive la loi interne, sera donc toujours appliqué par le juge sans que les lois incompatibles puissent l'affecter. Une telle application est à la fois immédiate et exclusive, ce qui devrait satisfaire aux exigences formulées par la Cour des Communautés relatives à l'applicabilité des règlements. Ainsi, toute question portant sur la constitutionnalité d'une loi postérieure incompatible avec un règlement communautaire ne saurait se poser. La règle de l'arrêt *Industrie Chimiche Italia Centrale* est enfin abandonnée. Si la loi postérieure intervenait dans un domaine déjà régi par une réglementation communautaire, le juge devrait l'écarter en constatant son inapplicabilité au cas de l'espèce qu'il doit trancher. Mais, sur le plan de la théorie juridique, il faut se demander quel vice l'inapplicabilité est appelée à sanctionner ? Sans doute, s'agit-il d'une incompétence dont la Cour constitutionnelle, à travers son arrêt, souligne le rapport avec le thème essentiel de séparation des ordres juridiques. On en arrive, par conséquent, à rendre inapplicable la loi postérieure, mais on ne permet pas au juge d'établir la véritable cause de cette solution, ou si on le préfère, on permet au juge de considérer que le terrain dans lequel la loi interne tente de pénétrer est déjà occupé par la réglementation communautaire, mais on lui interdit d'aller au-delà de cette inapplicabilité et de relever le vice originel d'une telle loi. Or celle-ci ne peut prétendre s'appliquer parce qu'elle est entachée d'incompétence.

La Cour de justice n'est peut-être pas entièrement exempte de responsabilité, puisque, dans son arrêt *Simmenthal* (71), elle a semé le grain de confusion : d'une part, elle déclare que la loi postérieure est empêchée d'être valablement formée – ce qui devrait amener à la considérer comme inexistante pour défaut de compétence manifeste (72) et, d'autre

(71) Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, précitée.

(72) Nous persistons à penser que la thèse de l'inexistence de la loi postérieure pour incompétence externe traduit bien l'idée de la Cour. Voy. nos observations sous l'arrêt *Simmenthal*, « Les effets du droit communautaire directement applicable », *C.D.E.*, 1978, p. 265. Voy., dans le présent recueil, p. 43. *Contra* : R. KOVAR et V. CONSTANTINESCO, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Journ. dr. intern.*, 1979, p. 936 ; G. BEBR, *Development of Judicial Control of the European Communities*, The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, p. 605 ; J.-V. LOUIS, « L'effet direct et la primauté

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

part, elle enjoint au juge interne de ne pas appliquer une telle loi. Or l'arrêt *Simmenthal* est, à cet égard, tellement équivoque (73) que, si l'on s'attache à la première observation – qui est, selon nous, l'essentielle – la loi postérieure, dont la Cour s'efforce de distinguer le sort de celui de la loi antérieure – n'est pas seulement inapplicable, mais réputée ne pas être valablement formée, car on ne saurait reconnaître une validité quelconque à une loi nationale empiétant sur le domaine dévolu à la compétence communautaire.

Dans l'arrêt *Granital*, la Cour constitutionnelle opte pour la solution de l'inapplicabilité de la loi interne, sans permettre au juge de se prononcer sur la raison pour laquelle la loi devrait être écartée. L'idée que l'inapplicabilité dérive du fait que la réglementation communautaire régit déjà la même matière ne s'attache qu'à l'aspect extérieur, visible de la réalité juridique qui, elle, concerne l'absence de compétence nationale pour intervenir dans le domaine appartenant à la compétence communautaire.

Si, pour permettre au juge interne d'appliquer la règle communautaire en écartant la loi nationale postérieure contraire, l'intervention de la Cour constitutionnelle n'est donc plus requise, l'arrêt *Granital* contient cependant des dérogations à ce principe.

B. – L'application immédiate du droit communautaire dépend dans certains cas de l'intervention de la Cour constitutionnelle

Observons, tout d'abord, que la nouvelle jurisprudence ne s'applique que lorsqu'on se trouve en présence d'une mesure communautaire concrétisant une compétence communautaire préexistante. En d'autres termes, c'est l'intervention des institutions communautaires par la voie législative dans le domaine relevant de la compétence des Communautés qui rend inutile le renvoi d'une question de constitutionnalité. Si, en revanche, il s'agit d'une loi interne portant sur une matière qui ressortit à la compétence communautaire non encore exercée, la saisine de la Cour constitutionnelle demeure nécessaire. Cette solution

du droit communautaire », in J. MÉGRET, M. WAELEBROECK, J.-V. LOUIS, D. VIGNES, J.-L. DEWOST et G. VANDERSANDEN, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. 10, *La Cour de justice, les actes des institutions*, t. 1, pp. 524-525, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1983 ; voy., cependant, R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Les institutions, les sources, les rapports entre ordres juridiques*, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1983, p. 339.

(73) Comme le remarquent les professeurs R. KOVAR et V. CONSTANTINESCO, la Cour de justice n'a pas choisi de traiter le problème d'incompatibilité entre droit communautaire et droit national en termes de conflit de compétence ou en termes de conflit de règles, commentaire précité, pp. 939-940.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

est contestable et en désaccord avec l'arrêt *Simmenthal* dans lequel la Cour de justice, comme nous l'avons déjà relevé, a déclaré que « le fait de reconnaître une efficacité juridique quelconque à des actes législatifs nationaux empiétant sur le domaine à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir législatif de la Communauté ou autrement incompatibles avec les dispositions du droit communautaire reviendrait à nier, pour autant, le caractère effectif d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres, en vertu du traité, et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la Communauté » (74).

Cet *attendu*, on peut le constater, concerne tant le conflit de compétences que le conflit de normes, et l'on peut penser que le premier aspect est primordial dans la mesure même où il ne saurait y avoir une disposition communautaire sans qu'il y ait eu, au préalable, une attribution ou une création de compétence en faveur de la Communauté. Cette idée ne semble pas avoir exercé d'influence sur la première exception formulée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt *Granital*, et l'on peut s'étonner que, dans un arrêt où le raisonnement est presque entièrement dominé par des préoccupations tenant au partage des compétences, la Haute Assemblée italienne n'ait pas tiré toutes les conséquences de sa propre conception.

Mais il y a plus. La seconde dérogation relative au droit du juge national d'écarter l'application de la loi postérieure concerne la nature « parfaite et immédiatement applicable par le juge national » de la réglementation communautaire dont il s'agit. Par cette expression, la Cour constitutionnelle viserait non seulement les règlements, mais tous les actes institutionnels auxquels l'effet direct est reconnu (75). Les critères de l'applicabilité directe se ramènent à une exigence essentielle : la règle en cause devrait présenter les caractères de clarté et d'inconditionnalité qui, en l'absence de pouvoir discrétionnaire réservé à une autre autorité, permettraient au juge de l'appliquer, dans l'exercice normal de sa fonction juridictionnelle. Le renvoi à la Cour constitutionnelle est exigé lorsque la mesure communautaire dont l'incompatibilité avec la loi postérieure est invoquée, est dépourvue d'effet direct.

Ajoutant « un autre type de précisions », la Cour constitutionnelle énonce une nouvelle exception à la règle d'application immédiate du règlement communautaire et de l'inapplicabilité, par le juge interne, de la loi postérieure : « Il faut dénoncer à cette Cour les dispositions de droit interne que l'on considérerait comme inconstitutionnelles, en

(74) Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, spéc. p. 644.

(75) C'est également l'avis de A. TIZZANO, *Il Fore Italiano*, 1984, I, p. 2063.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

ce qu'elles visent à empêcher ou compromettre l'observation continue du traité, qu'il s'agisse de son économie ou de son noyau de principes essentiels ». Et la Cour constitutionnelle explique qu'une telle situation est bien différente d'une quelconque incompatibilité entre le droit interne et de simples règlements communautaires.

L'idée qu'une loi postérieure exprimant une volonté manifeste, déli-bérée, explicite et univoque devrait subir un sort différent de celui réservé aux lois postérieures qui, par l'inadvertance du législateur national, entrent en conflit avec le droit communautaire ou, en tout cas, qui ne témoignent d'aucune intention de déroger au traité, avait été retenue par certaines juridictions nationales, telles que la Cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *Le Ski* (76), le Tribunal de Milan à propos de l'espèce *Kraft* (77) et la Cour d'appel d'Angleterre par le jugement de Lord Denning relatif à l'affaire *McCarthy c. Smith* (78). Le principe dégagé par ces décisions est que les tribunaux devraient écarter la primauté du droit communautaire en présence d'une volonté, clairement indiquée par le législateur, de méconnaître le traité.

Une telle conception est contestable du point de vue communautaire et a été réfutée d'une manière si convaincante par le professeur W. J. Ganshof van der Meersch que les termes de son discours méritent d'être reproduits : « l'argument constitue une inadmissible pétition de principe, en partant de l'idée que l'autorité nationale, soumise à la prééminence de la règle communautaire, pourrait néanmoins, quand elle a clairement exprimé sa volonté, se soustraire à cette prééminence qui s'impose à elle ; il va à l'encontre de toute logique juridique ; le droit ne permet pas de superposer à la priorité de la règle proclamée et démontrée une "supériorité de l'opportunisme". Si la règle de droit international directement applicable et la règle de droit communautaire

(76) Arrêt du 4 mars 1970, *Rev. trim. dr. eur.*, 1970, p. 369 : « attendu qu'en l'absence d'une disposition constitutionnelle – ce qui est bien le cas – ou législative prescrivant formellement aux tribunaux d'appliquer, en tout état de cause, même dans la mesure où elle le contredirait, une loi postérieure à un traité approuvé et publié, encore en vigueur, ce n'est point à la jurisprudence qu'il incombe de créer pareilles obligations ».

(77) Arrêt du 4 avril 1974, *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 1975, p. 445 : « qu'en présence d'une disposition de droit interne qui viole ouvertement des dispositions communautaires, le juge national doit, même si l'inapplicabilité de cette disposition à l'égard des États membres n'est pas expressément mentionnée, considérer cette inapplicabilité comme implicite et exclure, lorsque l'absence d'une volonté contraire est certaine, que le législateur (*pacta sunt servanda*) ait voulu mettre en œuvre les obligations de droit international qu'il a contractées en ratifiant un traité multinational accepté sous réserve de réciprocité, comme c'est le cas pour le traité instituant la C.E.E. ».

(78) [1979] 3 *All E.R.*, 325: « s'il devait arriver un jour que le Parlement adopte délibérément une loi avec l'intention de répudier le traité ou toute disposition y étant contenue ou agir intentionnellement à l'encontre de celui-ci et qu'il le disait dans des termes explicites, j'aurais alors estimé que le devoir de nos tribunaux serait de suivre la loi ».

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

priment la règle de droit interne, on ne saurait soutenir que celle-ci peut néanmoins s'imposer à elles lorsque la volonté de son auteur est clairement exprimée à l'égard de règles de droit international et de droit communautaire antérieures. La règle de droit interne ne saurait être à la fois soumise et dominante dans ses rapports avec la règle de droit international et la règle de droit communautaire » (79).

La solution de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt *Granital* n'est pas à tous égards identique à celle adoptée dans les décisions nationales évoquées ci-dessus. En effet, la Cour constitutionnelle italienne ne discute pas cette question en termes de primauté, mais exige seulement qu'une telle loi lui soit déférée. D'autre part, seules des lois dont l'objet est de porter atteinte au système communautaire devraient pouvoir suspendre l'application immédiate du règlement communautaire et être renvoyées devant elle pour en contrôler la constitutionnalité.

Il importe de savoir quel type de lois est ainsi envisagé et quelle est la portée du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle. Il semblerait qu'il s'agisse de lois « pathologiques » (80) visant à une remise en cause de l'appartenance de l'Italie aux Communautés et à l'abrogation de la loi d'exécution du traité. De la jurisprudence précédente, et notamment de l'arrêt *Frontini*, le professeur P. de Caterini avait déjà conclu que, selon la Cour constitutionnelle, « le Parlement italien ne pourra reprendre sa liberté d'action en matière législative dans les matières passées à la compétence des institutions communautaires qu'en dénonçant expressément les traités » (81). Dans son commentaire de l'arrêt *Granital*, le professeur A. Tizzano considère qu'il s'agit des situations extrêmes dans lesquelles le législateur national, méconnaissant d'une manière ouverte, délibérée et certaine, le droit communautaire, manifeste une volonté de porter atteinte au système même, établi par le traité, ce qui mettrait ainsi en cause la loi d'exécution (82).

Si une telle loi devait être votée par le Parlement, la Cour constitutionnelle aurait alors « à vérifier si le législateur ordinaire a écarté d'une manière injustifiée certaines limites de la souveraineté nationale, qu'il a, pourtant, lui-même définies par la loi d'exécution du traité, en conformité directe et précise avec l'article 11 de la Constitution ».

(79) Conclusions sous l'arrêt *Le Ski, J.T.*, 1971, p. 460, spéc. p. 467.

(80) P. BASILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, cité par A. TIZZANO, commentaire précité.

(81) « La Cour constitutionnelle et le droit communautaire », *C.D.E.*, 1975, p. 115, spéc. p. 138.

(82) *Il Foro Italiano*, 1984, I, p. 2063.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

Les mots « d'une manière injustifiée » indiquent que la Cour constitutionnelle conçoit des hypothèses dans lesquelles le législateur national pourrait valablement – d'une manière justifiée – adopter une loi visant à exclure l'application des principes les plus essentiels du traité communautaire. Pour connaître les cas dont il pourrait s'agir, on est nécessairement renvoyé aux conditions dans lesquelles des limitations à l'exercice de la souveraineté nationale peuvent être consenties en vertu de l'article 11 de la Constitution.

La doctrine italienne considère que des limitations de souveraineté ne pourraient être admises qu'à condition de ne pas priver totalement les organes constitutionnels nationaux de leurs compétences et de ne pas modifier leur équilibre réciproque (83). Dans son arrêt *Granital*, la Cour constitutionnelle évoque son arrêt *Frontini* où elle a précisé que des limitations de souveraineté sont permises lorsqu'elles répondent aux finalités indiquées par l'article 11 de la Constitution et s'effectuent dans les conditions qui y sont prévues. Elle a déclaré que de telles limitations de souveraineté ne sauraient comporter pour les institutions communautaires « un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine » (84).

Rappelant la réserve contenue dans son arrêt *Frontini*, la Cour a indiqué que la loi d'exécution du traité devrait faire l'objet d'un contrôle portant sur sa conformité à la Constitution au cas – aussi improbable soit-il – où les institutions communautaires devraient donner « une interprétation aussi aberrante » à l'article 189 du traité qui violerait les principes constitutionnels fondamentaux et les droits de l'homme garantis par la Constitution italienne. Dans un tel cas, la Cour constitutionnelle devrait pouvoir se prononcer sur « la compatibilité constante du traité avec les principes fondamentaux susdits ».

La Cour constitutionnelle italienne ne fait aucune allusion au développement de la protection des droits de l'homme dans le cadre communautaire (85). Cependant, le professeur A. Tizzano estime que l'arrêt *Granital* comporte une certaine évolution positive par rapport à l'arrêt *Frontini*. Selon cet auteur, la terminologie employée dans l'arrêt *Granital* permettrait de soutenir que le contrôle de conformité aux principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien ne s'étend pas à la loi d'exécution dans son ensemble, mais porterait sur « la seule

(83) Voy. les auteurs cités par P. DE CATERINI, *C.D.E.*, 1975, p. 135, note 28.

(84) *Rev. trim. dr. eur.*, 1974, p. 148, spéc. p. 153.

(85) Contrairement à la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne dans l'arrêt du 25 juillet 1979, *Steinike*, n° 2, BvL 6/77.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

partie dans laquelle elle a autorisé et autorise l'introduction dans l'ordre juridique italien de la règle communautaire spécifique éventuellement entachée des vices au sens dont nous discutons ici » (86).

Ainsi, si l'évolution communautaire devait connaître une tournure telle que les objectifs de justice et de paix parmi les nations, inscrits à l'article 11 de la Constitution italienne et partagés par le Traité de Rome, étaient méconnus, si la condition de parité était rompue ou si les principes fondamentaux de la Constitution ou les droits de l'homme garantis par elle étaient violés, l'adoption d'une loi visant à obstruer l'application du droit communautaire n'enfreindrait pas la loi d'exécution ou l'article 11 de la Constitution.

CONCLUSION

Si l'arrêt *Granital*, consacrant une solution qui permet au juge italien d'écarter de son propre chef la loi postérieure pour donner application immédiate aux règlements communautaires, représente un incontestable progrès par rapport à la solution précédemment retenue, il n'en comporte pas moins des aspects qui viennent assombrir cet heureux résultat.

En premier lieu, toute la question du contrôle continu de constitutionnalité du traité par l'examen de la conformité de la loi d'exécution à l'article 11 de la Constitution mérite d'être discutée. Mieux que quiconque, le professeur L.-J. Constantinesco a démontré le caractère inadmissible d'une telle opération. Admettant qu'un accord entre la Constitution et le traité est bien nécessaire, il pose la question suivante : « Est-ce qu'un État membre des Communautés européennes qui a conclu un traité multilatéral, en laissant ses partenaires croire, en toute bonne foi, qu'il s'engage valablement (donc constitutionnellement), qui l'a ratifié et introduit dans son ordre juridique, qui l'a appliqué pendant des années, peut, lorsqu'il remarque ultérieurement une incompatibilité entre les effets nécessaires du droit communautaire et sa propre Constitution, se retrancher derrière l'autorité de cette dernière pour contester la validité constitutionnelle du traité ? Le faire ne serait-il pas *venire contra factum proprium* (87) ? Le besoin de sécurité dans les relations internationales et la bonne foi n'excluent-ils pas une remise en cause ultérieure du traité ? Et le professeur Constantinesco présente

(86) A. TIZZANO, commentaire de l'arrêt *Granital*, *Il Foro Italiano*, précité.

(87) L.-J. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, p. 1, spéc. pp. 20 et s. Remarquons la référence, essentielle, aux « effets nécessaires » du droit communautaire.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

l'alternative ainsi : « Faut-il, afin d'accorder les deux termes, ramener le traité à la Constitution, donc proclamer, plus tard, la nullité du traité ou ramener la Constitution au traité, en modifiant la Constitution ? » La réponse à cette question ne saurait faire l'objet de doute (88).

S'il est vrai que, par son arrêt *Granital*, la Cour constitutionnelle a considérablement réduit les hypothèses dans lesquelles elle pourrait intervenir pour apprécier la conformité du traité à l'article 11 de la Constitution italienne par l'examen de la constitutionnalité de la loi d'exécution, la possibilité même d'un tel contrôle constitue une remise en cause virtuelle du traité en le plaçant sous une épée de Damoclès.

En second lieu, l'idée que la validité du droit communautaire à l'intérieur de l'ordonnement juridique italien est tributaire de la loi d'exécution, à laquelle est toujours dénié un caractère autre que celui d'une loi ordinaire, est de nature à affaiblir l'effectivité du droit communautaire. Certes, la Cour constitutionnelle rattache cette loi ordinaire à l'article 11 de la Constitution et, en reconnaissant qu'une telle loi peut comporter des modifications à la Constitution nationale, elle la place dans une situation privilégiée qui est, en fait, différente de celle de la loi ordinaire. La discussion sur la nature véritable de la loi d'exécution du traité et, notamment, sur la question de savoir si celle-ci ne devrait pas être reconnue comme une loi constitutionnelle non typique ou une loi ordinaire renforcée mérite d'être rouverte, si l'on persiste à soutenir que l'effectivité du droit communautaire dépend de cette loi (89).

Enfin, et au niveau plus fondamental, il faut s'interroger sur les raisons pour lesquelles la Cour constitutionnelle est si ardemment attachée à l'idée de séparation des ordres juridiques communautaire et national au point de ne pas discuter – même en vue de les repousser – les raisons avancées si didactiquement par la Cour de justice pour établir sa position unitaire.

Prisonnière de sa propre jurisprudence, captive de sa propre conception, la Cour constitutionnelle apparaît congénitalement rétive ou incapable d'admettre les prémisses qui, seules, permettraient de clore le débat judiciaire sur les rapports entre les ordres juridiques communautaire et national. Et si l'on prétendait que, dès lors que les solutions sont conformes, la motivation qui les supporte est dénuée d'intérêt, on se

(88) *Ibid.*

(89) Sur le débat doctrinal sur ce sujet, voy. S. NERI, « Le droit communautaire et l'ordre constitutionnel italien », *C.D.E.*, 1966, p. 363 ; L. FERRARI BRAVO, « L'issue de l'affaire *Costa c. E.N.E.L.*, devant le *conciliatore* de Milan », *C.D.E.*, 1967, p. 194, spéc. note n° 5.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE ET DROIT COMMUNAUTAIRE

demanderait alors pour quelle raison on devrait croire que la solution de l'arrêt *Granital* ne serait pas, elle aussi, fugace et connaîtrait un sort différent de celui réservé à la solution précédente, qui, bien qu'affirmée avec autant de fermeté et de conviction, se révélait si fragile et si facile à broyer (90).

(90) Relevons que la solution de l'arrêt *Granital* quant à l'irrecevabilité d'une question portant sur la constitutionnalité d'une loi interne prétendue incompatible avec un règlement communautaire vient d'être confirmée par deux arrêts rendus le 19 février 1985 par la Cour constitutionnelle italienne, n° 47, *Société Fratelli Carli c. Ministère de l'Intérieur* (sur renvoi du *pretore di Imperia*), *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 2 mars 1985, p. 3, et n° 48, *Administration des finances de l'État c. Société Mantovani Otello* (sur renvoi de la Cour d'appel de Venise), *ibid.*, p. 5 ; voy., aussi, l'arrêt du 19 avril 1985, n° 113, déclarant irrecevables les questions à elle déferées par plusieurs juridictions italiennes, *ibid.*, 8 mai 1985, n° 107bis, p. 16.

- 6 -

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS, L'ORDRE PUBLIC ET LE POUVOIR DE SANCTIONS DES ÉTATS MEMBRES

À PROPOS D'UNE JURISPRUDENCE RÉCENTE
DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

La dimension humaine de la construction européenne trouve l'une de ses expressions les plus concrètes dans la liberté de circulation des personnes. Le traité en énonce les principes fondamentaux (1), le législateur communautaire est intervenu pour en régler le régime (2), enfin, la Cour de justice a rendu un certain nombre d'arrêts précisant les modalités d'exercice de cette liberté et les restrictions permises (3).

La liberté de circulation des travailleurs révèle un aspect de la dialectique, du jeu du partage de compétences entre la Communauté et ses États membres. Entre les deux pôles d'un dessaisissement total des autorités nationales et l'existence d'une autonomie absolue se trouve une gamme variée de matières dans lesquelles les États interviennent à des degrés différents. Mais l'action étatique est, néanmoins, soumise au respect des prescriptions communautaires. La supériorité normative de l'ordre juridique communautaire et l'impératif d'uniformité, inhérent à la nature même de la Communauté, le commandent.

(1) Articles 48 à 66 du Traité CEE.

(2) En ce qui concerne les travailleurs, voy., notamment, règlement n° 1612/68 du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.*, n° L 257/2, 19 octobre 1968 ; directive n° 68/360 du 15 octobre 1968 relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des États membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.*, n° L 257/13, 19 octobre 1968 ; décision n° 68/359 du 15 octobre 1968 portant application aux départements français d'outre-mer des articles 48 et 49 du traité, *J.O.C.E.*, n° L 257/1, 19 octobre 1968 ; directive n° 64/221 du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *J.O.C.E.*, n° 850/64, 4 avril 1964.

(3) Voy., p. ex., aff. 41/74, *Van Duyn, Rec.*, 1974, p. 1337 et *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 128 ; aff. 67/74, *Bonignore, Rec.*, 1975, p. 297 et *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 133 ; aff. 36/75, *Rutili, Rec.*, 1975, p. 1219 et *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 135 ; aff. 48/75, *Royer, Rec.*, 1976, p. 497 et *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, p. 386 ; aff. 118/75, *Watson, Rec.*, 1976, p. 1185.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

La police des étrangers est toujours considérée par les États comme une prérogative essentielle découlant de la souveraineté. Elle est réputée intéresser directement l'ordre public. À cet égard, G. Lyon-Caen écrit : « il serait curieux de s'interroger sur les racines historiques de cette conception : pourquoi l'étranger constitue-t-il en puissance un danger plus considérable pour l'État que le national ? L'État faisant retomber sur l'étranger la méfiance que lui inspirent les États étrangers, l'étranger constitue une menace latente pour la sécurité : c'est l'identification inconsciente de l'étranger à son État, son assimilation à un ennemi putatif, qui explique l'abandon du sujet étranger à la police » (4).

Une telle conception ne saurait prévaloir dans la Communauté, la création de laquelle a amené, selon l'expression de P. Pescatore, « un véritable réaménagement des souverainetés » (5). En vérité, elle est antinomique à la nature même de la Communauté et à sa finalité. À l'intérieur de la Communauté, les ressortissants des États membres ne sont plus des étrangers. S'ils ne sont pas entièrement assimilés aux nationaux, ils bénéficient, cependant, d'un statut qui leur est très proche. Ce sont, précisément, les dérogations au principe du traitement égal qui ont fait l'objet des questions préjudicielles soumises à la Cour de justice par les juridictions nationales.

En effet, la contribution de la Cour au développement du droit social européen est apportée, essentiellement, par le biais du renvoi préjudiciel en interprétation basé sur l'article 177 du Traité de la CEE. Cette procédure, dont l'objet principal est de « promouvoir l'uniformité de l'interprétation du droit communautaire » (6), ne cesse de révéler ses potentialités. Malgré le caractère abstrait, objectif, de la procédure préjudicielle, les questions déferées à la Cour de justice portent sur des cas concrets. Aussi, le juge A. Donner a-t-il estimé qu'« une interprétation générale, abstraite, ne répond pas à l'objectif visé » et qu'il faut « une interprétation fondée davantage sur l'analyse des cas d'espèces pour atteindre le but de l'article 177 » (7). De même, J. Boulouis et R.-M. Chevallier constatent que la Cour ne s'estime pas tenue d'ignorer les données concrètes de l'affaire telles que ces données ont été représentées au juge national, et qu'une lecture attentive des arrêts montre

(4) G. LYON-CAEN, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, pp. 693-695.

(5) P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Sijthoff-Leiden, Institut universitaire de Hautes Études internationales, Genève, 1972, p. 31.

(6) A. M. DONNER, *Interprétation et application*, Service juridique de la Commission, 31 janvier 1974, doc. n° JUR/214/74-F, ronéo, pp. 12-13.

(7) *Ibid.*, pp. 17-18.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

qu'elles sont, en général, parfaitement connues de la Cour et que celle-ci n'hésite pas, le cas échéant, à les utiliser pour préciser le cadre dans lequel elle doit situer sa réponse (8).

La Cour de justice elle-même a souvent souligné la « nécessité de parvenir à une interprétation utile des textes litigieux » (9). C'est dans cette optique que la Cour répond aux questions qui lui sont renvoyées par les juridictions nationales.

Champ d'expression privilégié du principe de la primauté du droit communautaire et de son effet direct, le renvoi préjudiciel en interprétation a déjà largement contribué à l'éclaircissement des dispositions communautaires concernant la libre circulation des marchandises. Depuis quelques années, c'est la libre circulation des travailleurs qui bénéficie de ses effets. La reconnaissance de l'applicabilité directe des normes communautaires relatives à cette liberté en porte témoignage (10).

Le principe de la libre circulation des travailleurs impose certaines limites quant au pouvoir des États membres d'appliquer aux ressortissants communautaires les sanctions prévues par leur législation sur les étrangers. Le pouvoir de sanction étatique se trouve ainsi encadré par les exigences du droit communautaire. Cependant, la réserve d'ordre public permet certaines restrictions à la liberté de circulation. À plusieurs reprises, les rapports entre infraction pénale et ordre public ont été, directement ou indirectement, soulevés devant la Cour. Aussi, la jurisprudence permet-elle de préciser dans quelles circonstances les infractions à la loi pénale peuvent justifier l'adoption des mesures basées sur des raisons d'ordre public.

Deux arrêts récents de la Cour de justice, 8/77, *Sagulo (10bis)*, et 30/77, *Bouchereau (10ter)*, nous incitent à examiner la jurisprudence relative à ces deux aspects de la liberté de circulation des travailleurs dans la Communauté.

M^{me} Concetta Sagulo-Avolio et M. Gennaro Brenca, de nationalité italienne, ont formé opposition contre les ordonnances pénales par lesquelles l'*Amtsgericht* de Reutlingen les a condamnés, en application de l'article 47, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de l'*Ausländergesetz* (loi sur

(8) J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Les grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, t. I, Dalloz, 1974, p. 123.

(9) Aff. 56/65, *Société Technique Minière. Rec.*, XII, p. 357 ; aff. 12/71, *Günter Henck, Rec.*, XVII, p. 750.

(10) Voy., p. ex., aff. 41/74, *Van Duyn, Rec.*, 1974, p. 1337 ; aff. 67/74, *Bonsignore, Rec.*, 1975, p. 297 ; aff. 48/75, *Royer, Rec.*, 1976, p. 497.

(10bis) Aff. 8/77, *Rec.*, 1977, p. 1495 ; *Rev. trim. dr. eur.*, 1977, p. 721.

(10ter) Aff. 30/77, *Rec.* 1977, p. 1999 ; *Rev. trim. dr. eur.*, 1977, p. 816.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

les étrangers du 28 avril 1965), à une amende de 100 DM pour avoir séjourné en République fédérale d'Allemagne sans être en possession d'un passeport ni d'une autorisation de séjour. M. Addelmadjid Bakhouche, de nationalité française, n'a pas demandé la prorogation de l'autorisation de séjour qui lui avait été accordée pour la période allant du 12 décembre 1973 au 11 décembre 1974. Il a été maintenu en détention préventive pour infraction à la loi allemande précitée jusqu'au 12 mars 1976, date à laquelle l'*Amtsgericht* de Reutlingen l'a condamné à une amende de 1.200 DM. Six mois plus tard, M. Bakhouche a été poursuivi devant le même tribunal pour avoir continué à séjourner en République fédérale d'Allemagne sans autorisation de séjour en violation de ladite loi.

Par ordonnance du 13 janvier 1977, l'*Amtsgericht* de Reutlingen a décidé de surseoir à statuer et a saisi la Cour de justice de quatre questions préjudicielles :

1. « Le document spécial de séjour, prévu à l'article 4 de la directive du Conseil n° 68/360 et qui a un effet déclaratif, peut-il, pour les étrangers qui tirent des droits des articles 48 et suivants du Traité CEE, être assimilé, du point de vue administratif et pénal, à l'autorisation générale de séjour prévue par la loi allemande sur les étrangers, avec cette conséquence qu'à défaut ou en cas d'échéance de la validité de ce document de séjour, ces étrangers peuvent, en application de l'article 47, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} ou 2, de la loi allemande sur les étrangers, être condamnés du chef de séjour ou d'entrée sur le territoire sans autorisation de séjour en état de validité au sens de l'article 5 de cette même loi, ou bien y a-t-il à cet égard violation du Traité de la CEE ? »
2. « Y a-t-il violation du Traité CEE lorsqu'un étranger, qui tire directement des droits de l'article 48 du Traité CEE et de la directive susmentionnée du Conseil, se voit simplement délivrer une autorisation de séjour au sens de l'article 5 de la loi allemande sur les étrangers, avec les éventuelles conséquences désavantageuses découlant de l'article 47 de cette loi ? »
3. « Y a-t-il violation de l'interdiction de discrimination énoncée à l'article 7 du Traité CEE ou quelque autre violation du contenu et de l'esprit de ce traité – article 5 du Traité CEE – dans le fait qu'un étranger qui, en vertu de l'article 48 du Traité CEE ou d'une des dispositions prises pour son exécution, a ou a initialement eu le droit de séjourner ou d'entrer en République fédérale d'Allemagne aux fins qui sont mentionnées dans ces textes et dont le passeport

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

national ou le document qui en tient lieu, exigé par l'article 3 de la loi allemande sur les étrangers et par l'article 10 de la loi allemande sur l'entrée et le séjour des ressortissants de la CEE, n'est plus valide peut, d'après l'article 47, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} ou 2, de la loi allemande sur les étrangers, être condamné, sur le territoire d'application de cette loi, du chef d'un délit, à une peine d'emprisonnement allant jusqu'à un an ou à une amende allant jusqu'à 360 taux journaliers, alors qu'un national, dont la carte d'identité exigée par les lois comparables du Bund et des Länder sur la carte d'identité n'est plus valide, ne peut être condamné, du chef d'une contravention, qu'à une amende (article 47 de la loi allemande sur les contraventions, mais n'est généralement pas poursuivi) qui, en cas de négligence, peut s'élever à 500 DM et, en cas de propos délibéré, à 1.000 DM ? »

4. « Y aurait-il violation du Traité C.E.E, si un étranger qui tire des droits de l'article 48 du Traité CEE, qui a déjà été condamné l'année précédente à une amende pour infraction volontaire à la loi allemande sur les étrangers parce qu'il avait séjourné sur le territoire fédéral sans autorisation de séjour, était maintenant, après la date à laquelle ce jugement a acquis force de chose jugée, condamné pour un comportement identique à une peine d'emprisonnement ? »

Par son arrêt rendu le 14 juillet 1977, la Cour de justice a répondu à ces questions.

Le 27 octobre 1977, la Cour de justice a répondu aux questions qui lui avaient été adressées par une juridiction pénale britannique de première instance à propos de l'affaire *La Reine c. Bouchereau*. Les faits de l'espèce sont les suivants.

Pierre Bouchereau, de nationalité française, âgé de 21 ans, était employé comme mécanicien au Royaume-Uni depuis mai 1975. Le 7 janvier 1976, devant le *Marylebone Magistrates' Court*, il a reconnu avoir été en possession illégale de stupéfiants (une faible quantité de cannabis), en violation de l'article 5, paragraphe 2, du *Misuse of Drugs Act 1971*. Condamné par ce tribunal, Bouchereau a été soumis au régime de liberté conditionnelle pour une durée de douze mois. Deux mois plus tard, lors d'une enquête policière effectuée dans la résidence de M. Bouchereau, ont été découverts vingt-huit tablettes de L.S.D. et 1,48 g de sel d'amphétamine. Accusé de possession illégale de stupéfiants sur la base de la loi précitée, Bouchereau a été traduit devant le *Marlborough Street Magistrates' Court* où il a plaidé coupable, le 9 juin 1976, et a reconnu avoir été en possession illégale de L.S.D. ainsi que de sel d'amphétamine.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

Le tribunal a décidé d'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 6, paragraphe 1^{er}, de l'*Immigration Act* 1971 et de recommander au *Home Secretary* l'expulsion de M. Bouchereau du Royaume-Uni. C'est contre l'adoption d'une telle recommandation que M. Bouchereau a soulevé des objections se basant sur le principe communautaire de la libre circulation des travailleurs.

Considérant que l'affaire soulève des problèmes d'interprétation du droit communautaire, le *Marlborough Street Magistrates' Court* a décidé de surseoir à statuer et de renvoyer à la Cour de justice trois questions préjudicielles ainsi libellées :

1. « Une proposition d'expulsion adressée par un tribunal interne d'un État membre à l'autorité d'exécution de cet État (cette proposition ayant un caractère indicatif et ne liant pas l'autorité d'exécution) constitue-t-elle une "mesure" au sens de l'article 3, paragraphe 1^{er} et 2, de la directive n° 64/221/CEE ? »
2. « Le libellé de l'article 3, paragraphe 2, de la directive n° 64/221/CEE, à savoir que "la seule" existence de condamnations pénales ne peut "automatiquement" motiver des mesures d'ordre public ou de sécurité publique, signifie-t-il que l'existence de condamnations pénales ne peut être retenue que dans la mesure où ces condamnations témoignent d'une tendance présente ou future à agir d'une manière contraire à l'ordre ou à la sécurité publique ; à titre subsidiaire, quel est le sens à donner aux termes "la seule" et "automatiquement" de l'article 3, paragraphe 2, de la directive n° 64/221/CEE ? »
3. « Faut-il interpréter le terme "ordre public" visé à l'article 48 du Traité instituant la Communauté économique européenne, et qui doit servir à justifier des restrictions aux droits accordées par l'article 48,
 - a) comme incluant les raisons d'État, même lorsqu'il n'y a pas lieu de craindre une atteinte à la paix et à l'ordre public, ou faut-il l'interpréter,
 - b) dans un sens plus restreint, incluant la notion de "menace" d'une atteinte quelconque à la paix, à l'ordre et à la sécurité publique, ou
 - c) dans quelque autre sens plus large ? »

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

I. – L'ENCADREMENT COMMUNAUTAIRE
DU POUVOIR DE SANCTIONS ÉTATIQUE

La conjonction de deux principes fondamentaux du droit communautaire, celui de la non-discrimination en raison de la nationalité et celui de la libre circulation des travailleurs, impose certaines restrictions, voire l'exclusion, de l'application aux ressortissants communautaires de certaines sanctions organisées par le droit des États membres.

L'assimilation du ressortissant communautaire au national n'est ni absolue ni totale. Ainsi que l'a remarqué l'avocat général Trabucchi, « aussi longtemps qu'il n'y aura pas de nationalité communautaire, les ressortissants des autres États membres, même s'ils possèdent le droit à la libre circulation et au séjour à égalité avec les ressortissants, se trouveront toujours avoir une qualité différente de ces derniers » (11).

La limite du principe de l'égalité de traitement du national et du ressortissant communautaire trouve une expression particulièrement nette dans le droit reconnu aux autorités des États membres d'expulser de leur territoire des ressortissants des autres pays de la Communauté. Un principe de droit international s'oppose, en effet, « à ce qu'un État refuse à ses propres ressortissants le droit d'avoir accès à son territoire et d'y séjourner » (12). Mais la Cour elle-même a souligné que l'expulsion constitue la négation du droit même conféré et garanti par le traité (13). De son côté, l'avocat général Mayras a estimé que les effets de l'expulsion, « sur le plan social et sur le plan humain, se révèlent infiniment plus graves que ceux d'une peine privative de liberté, du moins de courte durée » (14). Certains auteurs pensent, non sans raison, que « donner son plein sens au Traité de Rome, c'est affirmer que l'expulsion ne peut plus être exercée à l'encontre des étrangers ressortissants des pays de la CEE » (15).

Mais, si l'expulsion n'est pas proscrite par le droit communautaire, elle est, dans certaines hypothèses, expressément écartée et, dans d'autres, soumise au même régime que les restrictions à la libre circulation permises par le traité.

Certains textes excluent expressément l'expulsion des ressortissants communautaires dans certains cas. Aux termes de l'article 3, paragraphe 3, de la directive n° 64/221, « la péremption du document d'identité qui a

(11) Conclusions dans l'aff. 118/75, *Watson, Rec.*, 1976, p. 1210.

(12) Arrêt de la Cour dans l'aff. 41/74, *Van Duyn, Rec.*, 1974, p. 1352.

(13) Aff. 118/75, *Watson, Rec.*, 1976, pp. 1198-1199.

(14) Conclusions dans l'aff. 67/74, *Bonsignore, Rec.*, 1975, p. 311.

(15) G. LYON-CAEN, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des travailleurs », *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, p. 705.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

permis l'entrée dans le pays d'accueil et la délivrance du titre de séjour ne peut justifier l'éloignement du territoire ». On sait que le droit d'accéder à une activité salariée dans les États membres et de l'exercer est reconnu aux ressortissants communautaires sur la simple présentation d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité (16). Une autre situation concerne la survenance de certaines maladies. L'annexe à la directive n° 64/221 énumère les maladies et infirmités pouvant mettre en danger la santé publique et celles susceptibles de mettre en danger l'ordre public ou la sécurité publique. L'article 4, paragraphe 2, de la directive dispose que « la survenance de maladies ou d'infirmités après la délivrance du premier titre de séjour ne peut justifier le refus de renouvellement du titre de séjour ou l'éloignement du territoire ».

Mais le principe de la libre circulation des travailleurs n'interdit pas aux États membres d'adopter certaines dispositions relatives au contrôle des étrangers. En effet, selon l'article 8, paragraphe 2, de la directive n° 68/360, « les autorités compétentes de l'État d'accueil peuvent imposer au travailleur de signaler sa présence sur le territoire ». Plus généralement, la Cour a déclaré que les États membres restent libres de prendre les mesures nécessaires destinées à assurer la connaissance exacte, par les autorités nationales, des mouvements de population affectant leur territoire (17).

Les mesures pouvant être adoptées par les autorités nationales doivent être compatibles avec les exigences du droit communautaire. Dans son jugement dans l'affaire *Watson*, la Cour a, en effet, déclaré que seraient contraires au traité certaines modalités du contrôle étatique si elles étaient conçues de manière à restreindre la libre circulation ou à limiter le droit d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires (18). S'agissant du délai dans lequel l'étranger doit signaler son arrivée dans l'État membre, la Cour a affirmé qu'il doit être *raisonnable* (19).

Dans l'affaire *Sagulo*, la Cour a jugé que les États membres n'étaient pas en droit d'exiger ou de délivrer aux ressortissants communautaires une autorisation de séjour ayant une portée différente de la constatation de leur droit de séjour par la carte de séjour spéciale prévue à l'article 4, paragraphe 2, de la directive n° 68/360 (20), cette carte n'ayant qu'un effet déclaratif (21).

(16) Directive n° 68/360, *J.O.C.E.*, n° L 257/13, 19 octobre 1968.

(17) Aff. 118/75, *Watson*, précitée, *Rec.*, 1976, p. 1198 ; aff. 8/77, *Sagulo*, attendu n° 9, *Rec.*, 1977, p. 1506, et *Rev. trim. dr. eur.*, 1977, p. 814.

(18) *Rec.*, 1976, p. 1197.

(19) *Ibid.*

(20) Attendu n° 5.

(21) Attendu n° 8.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

Des limites sont également imposées par le droit communautaire quant au pouvoir des États d'édicter des sanctions pour inobservation des prescriptions communautaires (22) et pour méconnaissance des formalités nationales *compatibles avec le traité*. L'expulsion n'est pas admise dans de tels cas. Dans l'affaire *Royer*, la Cour a clairement déclaré qu'une décision d'éloignement du territoire ne serait pas justifiée si elle était exclusivement basée sur la simple omission par le ressortissant communautaire de se soumettre aux formalités légales relatives au contrôle des étrangers (23). De même, dans l'affaire *Watson*, la Cour a affirmé que, « parmi les sanctions rattachées à l'inobservation des formalités de déclaration et d'enregistrement prescrites, l'expulsion serait certainement incompatible avec les dispositions du traité » (24). Lorsque l'expulsion est contraire au droit communautaire, un ressortissant communautaire ne peut pas faire l'objet d'une mesure de privation provisoire de liberté en vue de l'éloignement du territoire (25).

Les autres sanctions doivent se conformer aux exigences du droit communautaire. La Cour a jugé, dans l'affaire *Watson*, qu'« il ne serait... pas justifié d'y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à la libre circulation des personnes » (26).

L'affaire *Sagulo* a permis à la Cour de préciser certains points concernant les sanctions étatiques. Celles-ci peuvent être spécifiques aux ressortissants communautaires ou identiques à celles prévues par la législation générale. Dans cette dernière éventualité, l'État membre n'est pas en droit, cependant, de prendre des mesures, administratives ou judiciaires, « qui auraient pour effet de restreindre le plein exercice des droits conférés par le droit communautaire aux ressortissants des autres États membres » (27). Mais le droit communautaire ne s'oppose pas à l'application des mesures de contrainte *adéquates* se rattachant à l'inobservation des prescriptions nationales adoptées en conformité avec le droit communautaire (28).

Les sanctions pénales applicables aux ressortissants communautaires pour méconnaissance des dispositions communautaires ou des

(22) La directive n° 68/360 en impose deux : la possession d'une carte d'identité ou d'un passeport national en cours de validité, et la détention d'une carte de séjour de ressortissant d'un État membre de la CEE, délivrée par l'État d'accueil.

(23) Aff. 48/75, précitée, *Rec.*, 1976, pp. 513-514.

(24) *Rec.*, 1976, p. 1198.

(25) Aff. 48/75, précitée, *Rec.*, 1976, p. 514.

(26) *Rec.*, 1976, p. 1199.

(27) Attendu n° 5.

(28) Attendu n° 6.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

mesures nationales conformes au droit communautaire ne doivent pas nécessairement être identiques à celles applicables aux nationaux pour violation des obligations nationales comparables (29). Mais la Cour a souligné que, « s'il appartient aux États membres de sanctionner, dans des limites raisonnables l'obligation imposée aux personnes relevant du droit communautaire d'être munies d'une carte d'identité ou d'un passeport en cours de validité, en aucun cas de telles sanctions ne sauraient avoir une gravité telle qu'elles deviendraient une entrave à la liberté d'entrée et de séjour prévue par le traité » (30).

La Cour reconnaît que certaines pénalités prévues par la législation générale relative à la police des étrangers peuvent être inadaptées aux besoins du droit communautaire. Elle déclare, par conséquent, qu'il incombe au juge national d'exercer sa liberté d'appréciation afin d'aboutir à une « pénalisation appropriée au caractère et au but des prescriptions communautaires qu'il s'agit de sanctionner » (31).

Conformément aux principes généraux du droit pénal, une méconnaissance répétée des prescriptions nationales peut constituer une aggravation des pénalités applicables. Cependant, une telle aggravation ne saurait résulter des condamnations antérieures prononcées contrairement au droit communautaire, même si l'autorité de chose jugée ne permet pas l'effacement de telles condamnations (32).

Un aspect particulier au droit britannique a été considéré par la Cour dans l'affaire *Bouchereau*. À la suite d'une condamnation prononcée pour infraction punissable d'une peine d'emprisonnement, une proposition d'expulsion peut être adressée par une juridiction répressive au *Home Secretary*. Une telle proposition ne lie pas le ministre, à qui un large pouvoir d'appréciation est reconnu.

Contrairement aux prétentions du Gouvernement britannique et du *Metropolitan Police*, la Cour a jugé qu'une telle proposition constitue une « mesure » au sens de l'article 48 du Traité de la CEE et de l'ar-

(29) Attendu n° 11. On notera que l'avocat général REISCHL a soutenu que le principe de la non-discrimination imposerait une identité de sanctions applicables aux ressortissants communautaires pour défaut de possession d'une carte de séjour valable et aux nationaux pour méconnaissance de l'obligation nationale d'être munis d'un document d'identité. On peut relever que, dans ses conclusions sous l'affaire *Royer*, l'avocat général MAYRAS a estimé que, « compte tenu du principe de non-discrimination... ces sanctions ne sauraient aller au-delà de celles qui sont applicables aux nationaux de l'État membre en cause lorsqu'ils ne se conforment pas aux obligations administratives prévues en cas de changement de résidence » (*Rec.*, 1976, p. 526). La Cour, dans l'arrêt *Sagulo*, rejette une telle assimilation, au motif, notamment, que dans certains États, les nationaux ne sont pas soumis à des obligations comparables et que les critères de référence font défaut. Voy. attendu n° 12.

(30) Attendu n° 12.

(31) Attendu n° 12.

(32) Attendu n° 7.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

ticle 3, paragraphes 1^{er} et 2, de la directive n° 64/221. Pour la Cour, la protection assurée par le droit communautaire aux ressortissants des États membres doit s'étendre aux différents stades du processus menant à une décision éventuelle d'éloignement (33). Pour elle, la notion de « mesure » comprend l'acte d'une juridiction appelée à proposer, dans certains cas, l'expulsion d'un ressortissant d'un autre État membre (34). Il en résulte « qu'en formulant cette proposition, cette autorité judiciaire doit assurer l'exacte application de la directive et tenir compte des limites qu'elle impose à l'action des autorités des États membres » (35).

Des raisons plus spécifiques ont été également avancées par la Cour. En effet, l'avocat général Warner a indiqué à la Cour que l'adoption d'une proposition d'expulsion était plus qu'une notification au ministre et que certaines conséquences juridiques sont créées par l'adoption d'une telle proposition. D'une part, la personne visée peut être détenue en attendant la décision du ministre (36), et, d'autre part, une décision d'expulsion basée sur une telle proposition n'est soumise qu'à un contrôle de la légalité, tandis que les autres décisions d'éloignement prises par le ministre peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel plus étendu (37).

S'appuyant sur ces considérations, la Cour a déclaré que, dans le cadre d'une procédure d'expulsion, dont l'origine se trouve dans une proposition d'une juridiction, une telle proposition a pour effet de permettre de priver l'intéressé de sa liberté et constitue en tout cas un élément de justification d'une décision d'expulsion postérieure prise par l'autorité administrative (38). Elle considère, plus généralement, que constitue une « mesure » au sens de la directive « tout acte affectant le droit des personnes relevant du champ d'application de l'article 48 d'entrer et de séjourner librement dans les États membres sous les mêmes conditions que les nationaux de l'État d'accueil » (39), et conclut qu'une proposition telle que celle en cause affecte le droit de libre circulation et doit, dès lors, être considérée comme une mesure au sens de la directive (40).

(33) Attendu n° 16.

(34) Attendu n° 17.

(35) Attendu n° 18.

(36) *Immigration Act* 1971, Schedule 3, paragraphe 2 (1).

(37) *Immigration Act* 1971, Section 15 (1) (a). Appel peut être interjeté contre des décisions d'expulsion devant l'*Immigration Appeal Tribunal*. Lorsqu'une telle décision est basée sur une recommandation d'une juridiction, seuls les « remèdes du droit administratif », *i.e. certiorari, habeas corpus* et *mandamus*, sont possibles.

(38) Attendu n° 23.

(39) Attendu n° 21.

(40) Attendu n° 24.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

Les circonstances particulières de l'affaire *Bouchereau* ne permettent pas de tirer une conclusion générale de cette décision. Mais on peut légitimement soutenir que certaines mesures préparatoires, lorsqu'elles créent des conséquences juridiques d'une certaine importance, ne tombent pas nécessairement en dehors du champ d'application du droit communautaire. La pénétration du droit communautaire dans les différents niveaux de l'activité nationale est ainsi mise en évidence.

II. – LES INFRACTIONS PÉNALES ET LES MESURES JUSTIFIÉES PAR LES RAISONS D'ORDRE PUBLIC

La libre circulation des travailleurs et les droits qu'elle comporte pour les ressortissants communautaires peuvent être limités dans certains cas prévus par les textes communautaires.

En effet, l'article 48 du Traité de la CEE et l'article 10 de la directive n° 68/360 permettent aux États membres de déroger aux différentes dispositions du droit communautaire sur la libre circulation des travailleurs pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Le 25 février 1964, le Conseil a arrêté la directive n° 64/221 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour qui sont justifiées par cette réserve.

Les maladies et infirmités susceptibles de mettre en danger l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique sont visées à l'annexe à ladite directive. Les limitations justifiées par des raisons de sécurité publique n'ont pas été, jusqu'à présent, considérées par la Cour de justice. C'est surtout la réserve d'ordre public qui a été invoquée par les autorités des États membres afin de restreindre la libre circulation des travailleurs, et c'est ce concept qui a donné naissance à une jurisprudence intéressante de la Cour de justice.

Dès l'arrêt *Van Duyn*, la Cour a déclaré que le concept d'ordre public comme, d'ailleurs, toutes les dérogations aux règles relatives à la libre circulation des personnes doivent être entendus strictement (41). Il est vrai que la Cour a affirmé que, « sauf renvoi, explicite ou implicite, au droit national, les notions juridiques utilisées par le droit communautaire doivent être interprétées et appliquées de façon uniforme dans l'ensemble de la Communauté » (42). Mais, compte tenu de sa nature

(41) Aff. 41/74, précitée, *Rec.*, 1974, p. 1351. Voy., également, aff. 67/74, *Bonsignore*, précitée, *Rec.*, 1975, p. 307.

(42) Aff. 49/71, *Hagen*, *Rec.*, XVIII, p. 35.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

relative et fonctionnelle, le concept d'ordre public ne se prête pas à une définition communautaire.

La Cour de justice en est parfaitement consciente. Dans l'affaire *Van Duyn*, elle a déclaré que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une période à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité » (43). Dans l'arrêt *Rutili*, la Cour a souligné que, *pour l'essentiel*, les États membres restent libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public (44), admettant, cependant, qu'une telle détermination tombe sous le contrôle des institutions de la Communauté (45).

Si une définition communautaire de la notion d'ordre public se révèle impossible, il n'en demeure pas moins que certains textes communautaires et surtout la jurisprudence fournissent des éléments de nature à circonscrire cette notion et à préciser les circonstances dans lesquelles elle peut être invoquée.

La directive n° 64/221 précise que les mesures d'ordre public doivent être fondées exclusivement sur le *comportement personnel* de l'individu qui en fait l'objet. Dans l'arrêt *Van Duyn*, il est dit que l'affiliation à une organisation qui reflète une participation à ses activités et une adhésion à ses buts peut être considérée comme un acte volontaire de la personne intéressée et, dès lors, comme faisant partie de son comportement personnel au sens de la disposition visée (46). Dans l'affaire *Bonsignore*, la Cour a précisé que la notion de *comportement personnel* exprime l'exigence qu'une mesure d'expulsion ne peut viser que des menaces à l'ordre public et à la sécurité publique qui pourraient être le fait de l'individu qui en fait l'objet (47). De telles mesures ne peuvent pas être décidées dans un but de dissuasion à l'égard des autres étrangers (48). Cette notion a été quelque peu élargie par l'arrêt *Rutili*. Dans ce dernier, la Cour a estimé que la réserve d'ordre public ne saurait être invoquée que si la *présence ou le comportement* de l'individu concerné constitue une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public (49).

(43) *Rec.*, 1974, p. 1351.

(44) Aff. 36/75, précitée, *Rec.*, 1975, p. 1231.

(45) *Ibid.*

(46) Aff. 41/74, précitée, *Rec.*, 1974, p. 1350.

(47) Aff. 67/74, précitée, *Rec.*, 1975, p. 307.

(48) *Ibid.*

(49) Aff. 36/75, précitée, *Rec.*, 1975, p. 1231.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

L'article 2, paragraphe 2, de la directive n° 64/221 dispose que les raisons d'ordre public ne peuvent être invoquées à des fins économiques. Dans l'arrêt *Rutili*, la Cour a déclaré que la réserve d'ordre public ne saurait être invoquée pour des motifs tenant à l'exercice des droits syndicaux (50). Dans l'affaire *Royer*, elle a encore ajouté que l'omission par un ressortissant communautaire des formalités légales relatives à l'accès, au déplacement et au séjour des étrangers n'est pas de nature à constituer en elle-même un comportement menaçant l'ordre public (51).

Craignant une coopération des polices qui pourrait résulter d'un concept d'ordre public préalablement défini de concert, G. Lyon-Caen souhaitait que l'ordre public reste national, mais qu'il soit identique dans un même droit national, pour le citoyen et l'étranger. Ce que le droit interne des pays membres doit dorénavant exclure, écrit-il, c'est la discrimination en raison de la nationalité. Selon lui, une interprétation raisonnable de la directive n° 64/221 doit déboucher sur un ordre public non discriminatoire, unique pour le national et le ressortissant communautaire (52).

Les mérites de cette conception sont d'être nette et bien définie. La Cour de justice semble avoir opté, cependant, pour une solution différente. Dès l'affaire *Van Duyn*, il apparaissait que les raisons d'ordre public pouvaient être invoquées à l'encontre d'un ressortissant communautaire désireux de bénéficier de la libre circulation en vue d'exercer une activité salariée déterminée, alors même qu'aucune restriction n'était imposée aux nationaux de l'État en question qui souhaitaient exercer une activité analogue (53). Par contre, dans l'affaire *Rutili*, la Cour a jugé que, s'agissant de l'interdiction de séjour partielle, limitée à certains départements, de telles mesures ne pouvaient être prononcées par les autorités nationales contre les ressortissants communautaires que dans les cas où de telles interdictions pouvaient frapper ses propres ressortissants (54).

Le fait que M^{lle} Van Duyn désirait entrer au Royaume-Uni tandis que M. Rutili était en résidence en France est-il de nature à fournir une justification satisfaisante à ces solutions divergentes ?

Le problème du rapport entre infractions à la loi pénale et restrictions justifiées par des raisons d'ordre public ne devait pas tarder à

(50) *Ibid.*

(51) Aff. 48/75, précitée, *Rec.*, 1976, p. 515.

(52) Article précité, *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, pp. 703 et 704.

(53) *Rec.*, 1974, p. 1352.

(54) *Rec.*, 1975, p. 1235.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

apparaître. D'une part, l'article 3, paragraphe 2, de la directive n° 64/221 prévoit que la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver de telles mesures. Dès lors, on pouvait admettre, avec l'avocat général Mayras, que « si, en principe, la commission d'une quelconque infraction à la loi pénale constitue, par elle-même, une atteinte à l'ordre public national, la mise en jeu de la loi répressive suffit, tant pour les nationaux que pour les ressortissants d'autres États membres, à assurer la répression destinée à protéger cet ordre public » (55).

D'autre part, la plupart des questions posées par les juridictions nationales se rattachaient à des cas où des ressortissants communautaires avaient été poursuivis pour violation de la loi pénale. À cet égard, l'avocat général Mayras a fait part de son sentiment qu'« on ne peut se défendre de penser que l'expulsion d'un travailleur étranger, fût-il ressortissant du Marché commun, répond en réalité au sentiment d'hostilité, confinant parfois à la xénophobie, que la commission d'un délit par un étranger fait généralement surgir ou ravive dans la population nationale » (56).

Dans l'affaire *Bonsignore*, rappelons-le, le ressortissant italien en question a été condamné par le *Schöffengericht* près l'*Amtsgericht* de Cologne à une amende pour infraction à la législation sur les armes. De même, le sieur Royer a été condamné en Belgique, une première fois, pour séjour illégal et pour omission d'accomplir les formalités d'enregistrement prévues par la législation belge. C'est lors d'une seconde procédure pénale engagée contre lui devant le Tribunal de première instance de Liège pour avoir pénétré et séjourné en Belgique sans y avoir été autorisé par le ministre de la Justice, que les questions préjudicielles ont été renvoyées à la Cour de Luxembourg. La demoiselle Watson faisait l'objet d'une poursuite pénale devant le *pretore* de Milan pour violation de la loi italienne sur le contrôle des étrangers. M^{me} Sagulo et MM. Brenca et Bakhouche ont été condamnés à des amendes par l'*Amtsgericht* de Reutlingen pour avoir séjourné en République fédérale d'Allemagne sans être en possession d'une autorisation de séjour prévue par la loi allemande sur les étrangers. Enfin, le sieur Bouchereau a été trouvé coupable, à deux reprises, pour infraction à la loi britannique sur les stupéfiants.

Dans l'affaire *Bonsignore*, le *Verwaltungsgericht* de Cologne a invité la Cour à dire si l'article 3, paragraphe 2, de la directive n° 64/221

(55) Conclusions dans l'aff. 67/74, *Bonsignore*, *Rec.*, 1975, p. 311.

(56) *Ibid.*, p. 315.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

« signifie qu'un ressortissant d'un État membre de la CEE ne peut être expulsé que s'il existe des indices probants permettant de penser que cet étranger, ressortissant d'un État membre de la Communauté, condamné du chef d'un délit, commettra une nouvelle infraction ou qu'il portera atteinte d'une autre manière à la sécurité et à l'ordre publics d'un État membre de la CEE, c'est-à-dire, pour des raisons de prévention spéciale » (57).

La Cour n'a pas directement répondu à cette question. Dans un *attendu* laconique, elle a déclaré que la notion de *comportement personnel* « exprime l'exigence qu'une mesure d'expulsion ne peut viser que des menaces à l'ordre public et à la sécurité publique qui pourraient être le fait de l'individu qui en est l'objet » (58). En revanche, l'avocat général a clairement exprimé son opinion. Pour M. Mayras, « l'expulsion d'un ressortissant d'un État membre de la Communauté est subordonnée à la reconnaissance, par les autorités nationales, tant administratives que judiciaires, d'indices probants de nature à asseoir leur conviction qu'un risque sérieux existe que ce ressortissant commette une nouvelle infraction ou, d'une manière plus générale, présente, par son comportement tant passé que prévisible, un danger pour la sécurité et l'ordre public de l'État d'accueil » (59).

Dans une analyse intéressante, G. Druesne a tenté de montrer que la Cour, dans l'arrêt *Bonsignore*, se ralliait à l'opinion de l'avocat général. En prenant l'exemple du crime passionnel qui peut, certes, en raison de considérations psychologiques, être considéré comme un *trouble* à l'ordre public sans pour autant en constituer une *menace*, cet auteur estime qu'en jugeant que l'expulsion ne peut viser qu'une menace à l'ordre public, la Cour semble exiger qu'une telle mesure ne soit prise que dans un but de prévention spéciale destinée à préserver l'ordre public du nouveau trouble que provoquerait la récidive de l'auteur de l'infraction. Et l'auteur a conclu que « c'est seulement dans l'hypothèse où on peut légitimement penser que l'étranger est susceptible de devenir un récidiviste que son expulsion est possible, car, dans le cas contraire, on ne saurait considérer que son comportement personnel menace l'ordre public » (60).

La question de savoir dans quelle mesure une condamnation pénale ne peut être prise en considération lors de l'adoption des mesures

(57) *Rec.*, 1975, p. 300.

(58) *Ibid.*, p. 307.

(59) *Ibid.*, p. 316.

(60) G. DRUESNE, « La réserve d'ordre public de l'article 48 du Traité de Rome », *Rev. trim. dr. eur.*, 1976, pp. 229-258, spéc. p. 243.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

justifiées par les raisons d'ordre public que lorsqu'elle témoigne d'une tendance présente ou future à agir d'une manière contraire à l'ordre public, a également été posée par le *Magistrate's Court* dans l'affaire *Bouchereau*.

Répondant à cette question, la Cour a déclaré que l'exigence énoncée par l'article 3, paragraphe 2, de la directive n° 64/221 que la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures, signifie que les autorités nationales doivent procéder à une appréciation spécifique portée sous l'angle des intérêts inhérents à la sauvegarde de l'ordre public. Une telle appréciation, la Cour l'a précisé, ne coïncide pas nécessairement avec celles qui ont été à la base de la condamnation pénale (61). Selon la Cour, l'existence d'une condamnation pénale peut être retenue dans la mesure où les *circonstances* qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une *menace actuelle* pour l'ordre public (62). Il n'apparaît pas clairement quelles sont les circonstances visées. Bouchereau a été, en effet, condamné à deux reprises pour une même infraction. La récidive pourrait être un élément indiquant un certain comportement personnel. Mais le fait que Bouchereau était récidiviste ne semble pas avoir été mentionné devant la Cour. Seul l'avocat général Warner y a fait allusion dans la dernière phrase de ses conclusions. L'emploi de la formule *menace actuelle* mérite aussi d'être relevé. La Cour reconnaît que « la constatation d'une menace de cette nature implique chez l'individu concerné l'existence d'une tendance à maintenir ce comportement à l'avenir », mais elle considère qu'il peut aussi arriver que « le seul fait du comportement passé réunisse les conditions de pareille menace pour l'ordre public » (63). Il revient aux autorités nationales de décider, dans chaque espèce, si tel est le cas. La Cour rappelle que le *caractère fondamental* du principe de la libre circulation des personnes et la *condition juridique particulière* des personnes relevant du droit communautaire – et, par cette dernière expression, elle vise, sans doute, le *droit* des ressortissants communautaires d'entrer et de séjourner librement dans les États membres – ne doivent jamais être perdus de vue (64).

Si, dans certaines affaires antérieures à l'affaire *Bouchereau*, la Cour avait précisé les conditions dans lesquelles la réserve d'ordre public pouvait être invoquée, c'est la notion même d'ordre public qui a fait

(61) Aff. *Bouchereau*, attendu n° 27.

(62) Attendu n° 28.

(63) Attendu n° 29.

(64) Attendu n° 30.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

l'objet de la troisième question soumise par la juridiction de renvoi. « Le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tout cas », a répondu la Cour, « l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (65).

Trois éléments constitutifs de la notion d'ordre public sont ainsi exposés : un trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi. Mais il n'en résulte cependant pas qu'un tel trouble ne pourrait être causé par d'autres comportements que ceux qui sont réprimés par la loi pénale. Une menace réelle et suffisamment grave est une formule empruntée à l'arrêt *Rutili*. Elle révèle la marge de discrétion gardée par les autorités nationales dans l'appréciation de la gravité de la menace. Le troisième élément qui apparaît pour la première fois, semble-t-il, dans l'arrêt *Bouchereau*, concerne l'exigence que la menace affecte un intérêt fondamental de la société.

Ainsi circonscrit, le concept d'ordre public devrait être réduit à jouer un rôle de véritable exception qui est sa fonction originare (66).

On serait tenté d'assimiler un comportement troublant l'ordre social et constituant une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société, à une infraction pénale particulièrement sérieuse. Est-il concevable, en effet, qu'un tel comportement ne soit pas réprimé par le droit pénal ? En d'autres termes, la notion d'ordre public, en tant que justification des mesures restrictives de liberté, ne coïncide-t-elle pas avec une certaine catégorie d'infractions qualifiées de nature à menacer la société et dont la gravité peut se mesurer, en raison de la corrélation qui doit exister entre elles, par l'importance des sanctions prévues pour les réprimer ?

Pourtant, dans l'affaire *Van Duyn*, la Cour a jugé qu'une atteinte à l'ordre public peut résulter d'un comportement qui ne tombe pas nécessairement sous le coup de la loi pénale. Certes, dans cet arrêt, la Cour n'envisageait qu'un *comportement présent*, puisqu'elle considérait le cas d'une *affiliation actuelle* à une certaine organisation (67). Mais, dans l'arrêt *Bouchereau*, la Cour a déclaré qu'un *comportement passé* peut, lui aussi, constituer une menace à l'ordre public (68). Il convient de rappeler également que, dans l'affaire *Rutili*, une *présence*, au même titre qu'un comportement, est considérée comme susceptible de justifier

(65) Attendu n° 35.

(66) Voy. l'article de G. LYON-CAEN, précité.

(67) *Rec.*, 1974, p. 1350.

(68) Aff. 30/77, précitée, *Rec.*, 1977, p. 1999, attendu n° 29.

LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS

l'adoption des mesures restrictives (69). Ainsi, et d'aucuns pourraient le considérer comme une anomalie, des comportements qui n'entrent pas dans le champ d'application du droit pénal d'un État membre peuvent, cependant, être considérés par le même droit national (70) comme portant une atteinte si grave à l'ordre public qu'ils justifient l'adoption de mesures restrictives de liberté, notamment, l'expulsion ou le refus d'entrer dans le territoire.

S'agissant de l'arrêt *Van Duyn*, le président Lecourt s'est demandé : « La Cour a-t-elle eu conscience d'être allée trop loin dans une voie susceptible d'aboutir à des décisions nationales discrétionnaires ? » (71).

Mais les décisions nationales dérogeant à la libre circulation peuvent faire l'objet de contrôle par la Cour de justice. Celle-ci doit vérifier, notamment, si elles sont « justifiées », c'est-à-dire « conformes aux exigences du droit » (72). Par là même, des décisions arbitraires, dans le sens de déraisonnables ou disproportionnées, ne pourraient être appliquées (73).

Tout en ayant présent à l'esprit les progrès réalisés par la liberté de circulation des travailleurs, il faut bien le constater : le principe de non-discrimination, pourtant si fondamental, ne produit pas ses pleins effets dans ce domaine. Faut-il admettre, avec ceux qui le proclament, que le mieux est l'ennemi du bien ?

(69) *Rec.*, 1975, p. 1231.

(70) Il s'agirait, dans la plupart des cas, du droit administratif.

(71) R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 165.

(72) Aff. 36/75, *Rutili*, *Rec.*, 1975, p. 1230.

(73) B. SUNDBERG-WEITMAN, *Discrimination on Grounds of Nationality*, North Holland Publishing Co., 1977, chapitre 5, pp. 56-85.

- 7 -

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE SUR LE POUVOIR RÉPRESSIF NATIONAL

L'autonomie, l'originalité et le particularisme du droit pénal ont été souvent mis en évidence par la doctrine (1). L'attachement du pouvoir répressif à la souveraineté nationale, les effets de son exercice sur les libertés individuelles et le principe fondamental de la légalité des délits et des peines pouvaient amener à soutenir que le droit pénal – droit de sanction – échappait à l'emprise du droit communautaire. En effet, telle était la prétention de deux gouvernements devant la Cour de justice des Communautés européennes. Dans ses observations relatives à l'affaire *Donckerwolcke*, le gouvernement français estimait que l'examen du pouvoir répressif national ne relevait pas de la compétence des institutions communautaires (2). De même, le gouvernement italien a soulevé une exception d'irrecevabilité dans l'affaire préjudicielle *SAIL* au motif que les réponses que la Cour de justice devrait apporter auraient une incidence sur l'application du droit pénal interne (3).

(1) Voy., notamment, G. STEFANI (éd.), *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956 ; R. VOUIN, *Justice criminelle et autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1947, chron., p. 81 ; R. LEGROS, « Essai sur l'autonomie du droit pénal », *Rev. dr. pén.*, 1956, p. 143 ; R. MEURISSE, « Réflexions sur l'autonomie du droit pénal », *Sirey*, 1964, chron., p. 59. Voy., également, P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 1, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1970, spéc. pp. 5-7 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1978, spéc. pp. 211-218 ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, 11^e éd., Dalloz, 1980, spéc., pp. 36-38 ; J. PRADEL, *Droit pénal*, t. 1, *Introduction générale. Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981, spéc., pp. 61-69. Voy., aussi, R. GASSIN, « Incriminations pénales et Marché commun », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 321 ; A. DECOÛQ, « Le conflit entre la règle communautaire et la règle pénale interne », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, 47, Milano-Bruxelles, Dott. A. Giuffrè-E. Bruylant, 1981, p. 3 ; C. PEDRAZZI, « Droit communautaire et droit pénal des États membres », *ibid.*, p. 49. H. JOHANNES écrit à cet égard : « le droit pénal est – à tort... – considéré comme une expression particulièrement marquante de la souveraineté nationale... », « Le droit pénal et son harmonisation dans les Communautés européennes », *Rev. trim. dr. eur.*, 1971, p. 315, spéc. p. 323. Dans le rapport fait au nom de la Commission juridique du Parlement européen sur les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal, M. P. DE KEERSMAEKER écrit : « Le droit pénal n'est pas seulement un domaine où les divergences entre systèmes juridiques sont considérables, c'est également une matière qui affecte de très près les libertés civiles, l'ordre public et la sécurité de l'État. C'est pourquoi l'on considère qu'il relève de la souveraineté nationale », Documents de séance n° 531/76.

(2) Aff. 41/76, *Donckerwolcke*, *Rec.*, 1976, p. 1921, p. 1932.

(3) Aff. 82/71, *SAIL*, *Rec.*, 1972 p. 119, spéc. p. 136.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Cette thèse a été écartée par la Cour de justice. Dans son arrêt *SAIL*, elle a clairement déclaré que « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets » (4). S'agissant plus particulièrement de la fin de non-recevoir opposée par le gouvernement, la Cour a affirmé que l'article 177 du traité ne fait aucune distinction selon le caractère, pénal ou non, de la procédure nationale dans le cadre de laquelle les questions préjudicielles ont été formulées (5).

En pratique, le droit communautaire se révèle d'une grande importance pour l'application du droit criminel et l'exercice du pouvoir répressif national. Certains pénalistes constatent, en effet, que le Traité de Rome intéresse directement le droit pénal interne (6). Par ailleurs, la Cour de justice est fréquemment saisie à titre préjudiciel par des juridictions répressives des États membres (7).

Il apparaît que la règle pénale ne bénéficie pas d'une immunité particulière et ne possède pas une force de résistance supérieure à celles des autres branches du droit national à l'égard du droit communautaire (8). Ainsi qu'on l'a fait observer, « les buts de la loi pénale ne sont pas indépendants de ceux des autres lois... les interdictions pénalement sanctionnées relèvent de toutes sortes de branches du droit en même temps que du droit pénal et demeurent nécessairement en harmonie avec l'ordre juridique considéré dans son ensemble ».

En effet, « la législation pénale ne se distingue vraiment de la législation en général que dans la mesure où elle consiste dans l'incrimination d'un acte » (9).

Par suite, le droit communautaire entretient avec le droit pénal national le même type de relations que celles qu'il a avec les autres branches du droit interne. Ces rapports, on le sait, sont imprégnés de normativité. Les impératifs qui commandent l'application du droit communautaire dans le cadre étatique et les conséquences qu'ils

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

(6) R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1978, p. 292. Voy., également, G. STEFANI, G. LAVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, 11^e éd., Dalloz, 1980, paragraphe 118.

(7) Fréquemment à propos des articles 30 et 36 du Traité CEE. Il arrive également qu'une règle pénale nationale fasse l'objet d'un recours en constatation de manquement d'État sur la base de l'article 169 du traité.

(8) C. PEDRAZZI, « Droit communautaire et droit pénal des États membres », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, *op. cit.*, p. 50.

(9) A. DECOCQ, « Le conflit entre la règle communautaire et la règle pénale interne », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, *op. cit.*, pp. 28 et 30. Dans le même sens, C. PEDRAZZI observe que « ce n'est pas la règle sanctionnée qui fait l'originalité du droit pénal, mais seulement la sanction », *ibid.*, p. 50.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

engendrent au niveau national, tels que dégagés par la jurisprudence de la Cour sont identiques, qu'il s'agisse du droit pénal ou de toute autre branche du droit (10).

La primauté et l'applicabilité directe du droit communautaire se répercutent sur la règle pénale au même titre qu'elles affectent les autres normes nationales. On sait qu'en vertu de ces deux principes fondamentaux, la règle communautaire prévaut sur toute règle nationale contraire, quel que soit le rapport temporel entre elles (11). Ainsi, l'effet de la primauté du droit communautaire combiné avec son applicabilité directe est de « rendre inapplicable de plein droit... toute disposition contraire de la législation nationale existante » et « d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires » (12). L'effet du droit communautaire directement applicable implique, « pour les autorités nationales compétentes, la prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité » (13). Quant au juge national, il est tenu d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que

(10) Les arrêts et la doctrine sur cette matière sont des plus connus. Pour un rappel récent, voy. P. PESCATORE, « Aspects judiciaires de l'“acquis communautaire” », *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 617 et s.

(11) C'est le conflit entre norme communautaire et loi nationale postérieure qui donnait lieu à une vive discussion. Pourtant, dès son arrêt 6/64 *Costa-ENEL*, la Cour a souligné « l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale qui ne saurait... lui être opposable », *Rec.*, X, p. 1159. De même, dans son arrêt 84/71, *Marimex*, la Cour a déclaré que « l'effet des règlements... s'oppose à l'application de toute mesure législative, même postérieure, incompatible avec leurs dispositions », *Rec.*, XVIII, p. 89. Et, dans un langage identique, aff. 43/71, *Politi*, *Rec.*, XVII, p. 1409. Dans l'arrêt 83/78, *Redmond*, la Cour a affirmé que « la primauté du droit communautaire par rapport aux dispositions du droit national s'affirme sans égard aux dates respectives des dispositions en cause », *Rec.*, 1978, p. 2375. Dans l'aff. 106/77, *Simmenthal*, la Cour considère qu'« en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres... d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires », *Rec.*, 1978, pp. 643-644. Sur cette expression, voy. nos observations « Les effets du droit communautaire directement applicable », *C.D.E.*, 1978, p. 260, spéc. pp. 273 et s. Voy., dans le présent recueil, p. 43. S'agissant du fondement de la primauté du droit communautaire, M. P. PESCATORE écrit : « Un État membre ne saurait opposer à la pleine efficacité du droit communautaire une règle juridique quelconque, qu'elle soit de caractère constitutionnel, législatif ou réglementaire. Peu importe au surplus la date d'une règle qui viendrait à se trouver en conflit avec le droit communautaire : un État membre ne peut prétendre bloquer la pleine efficacité de celui-ci au nom d'une législation préexistante et, moins encore, d'une législation qu'il se serait postérieurement créée. En d'autres termes, la traditionnelle distinction entre la loi “antérieure” et la loi “postérieure” est, à cet égard, futile : il s'agit ici d'un rapport de hiérarchie qui efface les règles relatives aux rapports des normes dans le temps, fondées sur l'équivalence formelle de deux règles se trouvant en conflit », article précité, *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 631.

(12) Aff. 106/77, *Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629, spéc., pp. 643-644.

(13) Aff. 48/71, *Commission c. Italie*, *Rec.*, XVIII, p. 529, spéc. p. 534. Voy. M.-F. GAYET et D. SIMON, « Constatation de manquement et effet direct du droit communautaire », *C.D.E.*, 1973,

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

celui-ci confère aux particuliers en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire à la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire (14).

Conformément à ces exigences, le juge répressif est tenu de laisser inappliquée la loi pénale incompatible avec le droit communautaire (15). Ainsi, la Cour a déclaré dans l'arrêt *Ratti* que dans le cas d'une disposition inconditionnelle et suffisamment précise d'une directive non introduite en droit interne, l'État membre ne saurait appliquer sa loi interne, même assortie de sanctions pénales, après l'expiration du délai prévu pour la mise en œuvre d'une telle directive (16). Le juge saisi d'une demande d'écarter une disposition nationale incompatible avec cette directive doit l'accueillir (17).

Certains ont proposé de considérer la règle communautaire comme un « fait justificatif » pour échapper à l'interdiction énoncée et sanctionnée par la loi pénale interne (18). Il s'agirait de la « permission de la loi » qui, en France, par une extension jurisprudentielle, s'ajoute à « l'ordre de la loi », constituant un fait justificatif – cause objective de

p. 301. Voy., également, ordonnance de la Cour dans les aff. jtes 24 et 79/80 R., *Commission c. France*, Rec., 1980, p. 1319, spéc. p. 1333.

(14) Aff. 106/77, *Simmenthal*, précitée.

(15) À cet égard, C. PEDRAZZI écrit : « l'obligation de ne pas appliquer des règles incompatibles soit avec les traités, soit avec les actes des institutions de la Communauté n'est que la conséquence du principe que tous les organes des États membres, y compris les juridictions, sont également tenus à respecter le droit communautaire », *loc. cit.*, p. 53. Il constate que, « du point de vue communautaire, il est incontestable que toute disposition nationale, même pénale, incompatible ne peut pas (ou ne peut plus) être appliquée par les juridictions nationales », *ibid.*, p. 67.

(16) Aff. 148/78, *Ratti*, Rec., 1979, p. 1629, spéc. p. 1642.

(17) *Ibid.*

(18) M. BOSCARIELLI estime que la règle communautaire empêche au délit d'exister en raison de ces circonstances excusantes qui sont issues du principe suivant : un comportement ne peut pas être juridiquement illicite, s'il existe un devoir, ou du moins un pouvoir, de se comporter ainsi, « Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, *op. cit.*, p. 87, spéc. p. 90. À cet égard, A. DECOCQ écrit : « En présence d'une règle permissive relevant d'une autre branche du droit, un criminaliste fidèle à cette analyse ne se demande pas simplement (pour ne pas dire naïvement) si l'interdiction portée par la loi pénale – et, donc, cette loi elle-même – est ou non abrogée. Il se demande si l'« élément légal » de l'infraction – ou son « élément injuste » – n'est pas écarté par un « fait justificatif » qui serait la « permission de la loi ». Ainsi, même s'il admet que, dans les cas particuliers, la loi pénale n'est pas indifférente à la permission donnée par une autre loi, il réduit celle-ci à la notion de « fait justificatif » – lui conférant ainsi un caractère exceptionnel, tout comme à la légitime défense par exemple... L'on voit bien où mène une telle démarche intellectuelle en ce qui concerne la nature de la primauté de la règle communautaire : la règle pénale interne demeurerait en vigueur, malgré l'édictation d'une règle communautaire incompatible avec elle. Seulement, cette règle pourrait être invoquée comme « permission de la loi ». Le résultat pratique serait en principe le même que si l'on admettait la notion d'abrogation », article précité, in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, *op. cit.*, p. 28.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

non-responsabilité pénale – faisant disparaître l'infraction et provoquant le prononcé d'une ordonnance de non-lieu (19).

Il n'est pas certain qu'une telle solution – faisant dépendre l'efficacité de la norme communautaire des catégories du droit pénal interne – soit satisfaisante. Il faudrait considérer que, dans une hypothèse de conflit entre le droit communautaire et la règle pénale nationale, c'est la base légale de l'infraction qui disparaît (20). Néanmoins, conformément à la jurisprudence en matière d'applicabilité directe, la Cour pourrait laisser la solution de cette question aux juridictions nationales elles-mêmes. En obligeant le juge à écarter l'application d'une disposition nationale incompatible avec le traité, la Cour précise qu'il lui appartient d'appliquer, parmi les divers procédés de son ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire (21).

La règle pénale se compose de plusieurs éléments : l'interdiction, l'incrimination et la prévision de la peine (22). Lorsque l'interdiction s'avère incompatible avec le droit communautaire, le juge doit l'écarter en même temps que les sanctions dont elle est assortie. En revanche, il est des cas où c'est seulement la mesure de la sanction qui apparaît contraire au traité. Dans une telle hypothèse, le juge doit veiller au respect de l'interdiction en mitigeant les peines encourues.

Ainsi que la Cour l'a reconnu dans son arrêt *Casati* (23), la législation pénale et les règles de procédure pénale restent, en principe, de la compétence des États membres. Cependant, elle a rappelé que, selon une jurisprudence constante, également dans ce domaine, le droit communautaire pose des limites en ce qui concerne les mesures de contrôle que ce droit permet aux États membres de maintenir dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des personnes (24).

(19) Voy., à ce sujet, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, pp. 496-544 ; P. BOUZAT et R. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie, op. cit.*, pp. 351 et s.

(20) Ce que la Cour d'appel de Versailles a déclaré par son arrêt du 27 avril 1981 dans l'affaire *Rossi di Montalera*. À la suite de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 152/78, *Commission c. France*, du 10 juillet 1980 (*Rec.*, 1980, p. 2318), constatant l'incompatibilité avec le Traité CEE de certaines dispositions du Code des débits de boissons français, sur la base desquelles des condamnations pénales avaient été prononcées, la Cour de Versailles a relaxé les prévenus au motif que le fondement légal des poursuites n'existait plus.

(21) Aff. 34/67, *Lück*, *Rec.*, XIV, p. 359, spéc. p. 370.

(22) A. DECOCQ, article précité, p. 4. Cet auteur remarque que « la législation pénale ne se distingue vraiment de la législation en général (qu'on songe à la règle d'interprétation stricte ou à la non-rétroactivité) que dans la mesure où elle consiste dans l'incrimination d'un acte ». *Ibid.*, p. 30.

(23) Aff. 203/80, *Rec.*, 1981, p. 2595.

(24) *Ibid.*, attendu n° 27, p. 2618.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Bien souvent, c'est la règle d'interdiction qui est prétendue contraire au droit communautaire. Le cas typique est celui dans lequel une personne poursuivie pénalement pour infraction à la loi nationale soutient pour sa défense que la disposition nationale, dont la violation lui est reprochée, est incompatible avec une règle communautaire (25).

C'est alors à titre préjudiciel que la Cour est amenée, bien qu'indirectement, à se prononcer sur les dispositions nationales en cause. Le fait que de telles dispositions nationales soient pénalement sanctionnées ne modifie ni la compétence de la Cour ni sa démarche.

Pour cette raison, il est difficile de systématiser les différents cas dans lesquels une mesure nationale assortie de sanctions pénales apparaît, à la suite d'un arrêt de la Cour, contraire au droit communautaire. En revanche, l'incrimination, la prévision et l'application des peines, propres au droit pénal, présentent un problème particulier et ont déjà donné lieu à une jurisprudence tenant compte de cette spécificité. Bien que relativement limitée, cette jurisprudence permet de tirer certaines conclusions quant à l'incidence du droit communautaire sur le pouvoir répressif national. Des arrêts rendus par la Cour, il résulte que, dans des cas déterminés, des sanctions particulières sont incompatibles avec le traité. L'application de telles sanctions devrait, par conséquent, être exclue. Dans d'autres cas, seules la mesure et la sévérité de la sanction paraissent contraires au droit communautaire. Modérées, de telles sanctions pourraient donc s'appliquer.

I. – L'EXCLUSION DES SANCTIONS PRÉVUES PAR LA LÉGISLATION NATIONALE

À l'évidence, aucune poursuite ne saurait être engagée, une condamnation prononcée ou une peine infligée pour violation d'une règle nationale elle-même incompatible avec le droit communautaire. La Cour de justice a, en effet, expressément déclaré que les autorités nationales n'ont pas le droit de sanctionner la méconnaissance d'une règle incompatible avec le droit communautaire et que, dans une telle hypothèse, l'application de sanctions pénales ou d'autres mesures de contrainte est exclue (26). En outre, bien qu'elle reconnaisse que la récidive constitue une cause d'aggravation des peines, la Cour estime qu'une

(25) Nous laissons de côté les problèmes propres au droit de la concurrence. Voy. R. KOVAR, « L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le droit pénal des États membres », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, op. cit., pp. 131 et s.

(26) Aff. 8/77, *Sagulo, Rec.*, 1977, p. 1495, spéc. p. 1504.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

condamnation prononcée pour violation d'une disposition nationale contraire au traité ne saurait être considérée comme une circonstance aggravante lors d'une poursuite pénale ultérieure, même si l'autorité de la chose jugée ne permet pas de l'effacer (27).

À propos des poursuites pénales, la Cour a affirmé, dans l'arrêt *Schonenberg* (28) et l'a réitéré dans les arrêts *Tymen* (29) et *Bout* (30), qu'« une condamnation pénale prononcée en vertu d'un acte législatif national reconnu contraire au droit communautaire serait également incompatible avec ce droit » (31).

Mais il est des cas où c'est seulement une certaine sanction particulière prévue en cas de violation d'une norme nationale, en elle-même conforme au traité, qui apparaît incompatible avec le droit communautaire. Dans les arrêts que la Cour de justice a été amenée à rendre, l'exclusion de certaines sanctions dans des circonstances déterminées a été énoncée. Ces affaires se rattachent à l'exercice de deux libertés fondamentales établies par le traité : la liberté de circulation des marchandises et celle des travailleurs.

A. – La libre circulation des marchandises

C'est essentiellement à propos d'une exigence particulière faisant l'objet de trois affaires préjudicielles que la Cour de justice a déclaré contraires au droit communautaire certaines sanctions prévues par la législation douanière française.

(27) *Ibid.*

(28) Aff. 88/77, *Schonenberg, Rec.*, 1978, p. 473, spéc. p. 492.

(29) Aff. 269/80, *Tymen, Rec.*, 1981, p. 3079, spéc. p. 3094.

(30) Aff. 21/81, *Bout, Rec.*, 1982, p. 377, spéc. p. 389.

(31) Un problème intéressant s'est posé en France dans l'affaire *Rossi di Montalera*. Les prévenus, poursuivis pour publicité illicite des boissons alcooliques, réprimée par les articles L. 17 et L. 19 du Code des débits de boissons, avaient formulé devant la Cour d'appel de Paris une demande de sursis à statuer au motif que la législation nationale sur la base de laquelle ils avaient été poursuivis faisait l'objet d'un recours en constatation de manquement introduit par la Commission contre la République française en vertu de l'article 169 du traité. Se fondant sur l'article 185 du traité, la Cour d'appel a estimé que les recours formés devant la Cour de justice n'ont pas d'effet suspensif et a, pour cette raison, rejeté la demande de sursis à statuer. Par un arrêt du 1^{er} octobre 1979, la Cour de cassation (ch. crim.) a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. Elle a considéré « qu'en se croyant tenue d'appliquer la législation française sans pouvoir surseoir à statuer, la Cour d'appel a méconnu l'étendue de ses prérogatives ». La cause et les parties ont, dès lors, été renvoyées devant la Cour d'appel de Versailles. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation et une note de D. ROUX, *J.C.P.*, 1981, n° 19554. Le 10 juillet 1980, la Cour de justice a rendu son arrêt constatant que la réglementation française en matière de publicité d'alcool est contraire au droit communautaire. Aff. 152/78, *Commission c. France, Rec.*, 1980, p. 2299. Prenant acte de cet arrêt, la Cour d'appel de Versailles a jugé, par arrêt du 27 avril 1981, que le fondement légal des poursuites n'existait plus et a relaxé les prévenus.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Ayant reconnu dans les arrêts *Donckerwolcke* (32), *Cayrol* (33) et *Rivoira* (34), le droit des autorités nationales d'exiger de l'importateur des marchandises originaires d'un pays tiers en libre pratique dans un État membre de la Communauté de déclarer l'origine première de celles-ci « telle qu'il la connaît ou peut raisonnablement la connaître » (35), la Cour devait porter son attention sur les sanctions prévues par la loi française en cas de fausse déclaration d'origine.

En cas de fausse déclaration d'origine, le Code des douanes français prévoit la saisie de la marchandise et une amende égale au double de sa valeur (36). Dans les arrêts *Donckerwolcke* et *Cayrol*, la Cour a estimé que de telles sanctions étaient incompatibles avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises. Pour elle, la saisie de la marchandise et toute sanction pécuniaire fixée en fonction de la valeur de celle-ci constituent elles-mêmes une entrave à la liberté de circulation (37). La Cour considère que de telles sanctions sont trop sévères compte tenu du « caractère purement administratif » de l'infraction (38).

La Cour qualifie-t-elle ainsi la fausse déclaration d'origine d'infraction administrative ? Telle était la prétention de la défenderesse au principal dans l'affaire *Rivoira*. Se prévalant des termes utilisés par la Cour dans les deux arrêts évoqués, *Rivoira* a soutenu devant la Cour qu'une fausse déclaration d'origine, étant une infraction administrative, ne saurait être réprimée par les sanctions encourues en cas de violation de la législation douanière (39).

L'avocat général J.-P. Warner a critiqué cette manière d'interpréter les arrêts *Donckerwolcke* et *Cayrol*. Deux séries de considérations sont mises en avant par l'avocat général pour rejeter la thèse de *Rivoira*. D'abord, il s'agirait d'une question de compétence. Pour M. Warner, « il n'appartient pas à la Cour de classer dans de telles catégories ni les infractions ni les sanctions que connaissent les droits nationaux des États membres ». Au surplus, « le rôle de la Cour est de se borner à dire dans quelles limites les juges nationaux peuvent, en harmonie avec le droit communautaire, admettre l'existence d'infractions du genre de celles dont il est question ici et d'en punir les auteurs. C'est aux juges

(32) Aff. 41/76, *Suzanne Donckerwolcke*, *Rec.*, 1976, p. 1921.

(33) Aff. 52/77, *Leonce Cayrol*, *Rec.*, 1977, p. 2261.

(34) Aff. 179/78, *Procureur de la République c. Michelangelo Rivoira*, *Rec.*, 1979, p. 1147.

(35) *Rec.*, 1976, p. 1938 ; *Rec.*, 1977, p. 2280 ; *Rec.*, 1979, p. 1157.

(36) Il s'agit, notamment, de l'article 426, paragraphe 3, du Code des douanes français.

(37) *Rec.*, 1976, p. 1938 ; *Rec.*, 1977, p. 2280.

(38) *Rec.*, 1976, p. 1939 ; *Rec.*, 1977, p. 2280.

(39) Aff. 179/78, précitée, *Rec.*, 1979, p. 1147, spéc. p. 1150.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

nationaux de chaque État membre », estime l'avocat général, « qu'il appartient de décider quelles sont les dispositions législatives de cet État membre qui permettent, à l'intérieur de ces limites, de reconnaître l'existence d'une infraction et de la réprimer ». Ensuite, l'avocat général considère l'hétérogénéité des législations nationales et la diversité des solutions retenues en droit interne. En effet, M. Warner estime qu'il n'y a pas de raison de supposer que les systèmes juridiques de tous les États membres connaissent les mêmes catégories ou que, si tel était le cas, chaque catégorie aurait le même contenu dans chacun de ces systèmes (40).

Dans son arrêt *Rivoira*, la Cour ne prend pas partie dans le débat sur sa compétence de qualifier juridiquement l'infraction constituée par la fausse déclaration d'origine. Il convient d'observer, cependant, qu'elle ne répète plus l'expression « infraction de caractère administratif » qu'elle avait utilisée dans les arrêts *Donckerwolcke* et *Cayrol*. Ce qu'elle condamne dans son arrêt du 29 mars 1978, c'est le fait de frapper l'omission ou l'inexactitude des déclarations d'origine par des sanctions disproportionnées « à la nature de l'infraction » (41).

Ainsi qu'on le verra par la suite, la Cour exclut l'application des sanctions excessives. Mais il est intéressant de noter que, tandis que, dans les arrêts *Donckerwolcke* et *Cayrol*, le caractère disproportionné de la saisie de la marchandise et de l'amende calculée en fonction de sa valeur était établi en raison de la nature de l'infraction appréciée objectivement, en quelque sorte, par la Cour, il résulte, dans l'arrêt *Rivoira*, d'une considération quelque peu différente. En effet, dans cette dernière affaire, la Cour reproche à la législation française de ne pas réaliser une distinction entre les sanctions encourues en cas de fausse déclaration faite en vue d'é luder une interdiction d'importation et celles prévues pour des cas dans lesquels l'importation ne saurait être prohibée. La Cour le dit expressément : « L'application des sanctions pénales prévues par le Code des douanes pour les fausses déclarations qui sont faites pour exécuter les importations interdites ne saurait avoir lieu sans tenir compte du fait qu'en l'occurrence, il ne s'agissait pas d'importations interdites » (42). La conclusion en est que, « si le fait que le raisin espagnol importé en France de l'Italie a été déclaré comme originaire de l'Italie peut, le cas échéant, donner lieu à des sanctions pénales prévues contre les fausses déclarations, il serait disproportionné d'appliquer,

(40) *Ibid.*, p. 1161.

(41) *Ibid.*, p. 1157.

(42) Aff. 179/78, précitée, *Rec.*, 1979, p. 1157.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

sans distinction, les sanctions pénales prévues pour les fausses déclarations faites en vue d'effectuer des importations interdites » (43). En d'autres termes, le caractère disproportionné et, par conséquent, contraire au droit communautaire de la sanction en cause dans l'affaire *Rivoira* résulte de ce que deux infractions que la Cour considère comme différentes sont sanctionnées par des peines identiques.

Suite à l'arrêt préjudiciel rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Rivoira*, le Tribunal de grande instance de Montpellier a jugé qu'il ne saurait envisager la possibilité de disqualifier le délit, pour aboutir à une sanction pénale, en lui substituant une contravention douanière qui est étrangère à la poursuite et dont les éléments constitutifs sont différents du seul délit visé dans la citation. Pour cette raison, il a déclaré que la culpabilité des prévenus du chef d'importation de marchandises prohibées sans déclaration n'était pas démontrée, et les a relaxés (44).

B. – La libre circulation des travailleurs

De la jurisprudence en matière de libre circulation des travailleurs, il ressort que deux types de sanction sont exclus par le droit communautaire dans certains cas déterminés. Il s'agit de l'emprisonnement et de l'expulsion.

Conformément à la directive n° 68/360 (45), les personnes bénéficiant de la libre circulation des travailleurs doivent obtenir des autorités de l'État d'accueil une carte de séjour de ressortissant d'un État membre de la CEE. Par ce document, le droit de séjour conféré par le traité est constaté (46). L'octroi d'un tel document est considéré non comme un acte constitutif de droit, mais comme un acte destiné à le constater (47). Aussi la Cour a-t-elle déclaré dans l'arrêt *Pieck* que l'omission par un ressortissant communautaire de se munir d'un tel titre de séjour ne saurait être sanctionnée par des peines d'emprisonnement (48).

S'agissant de l'expulsion, la législation communautaire et la jurisprudence apportent davantage de renseignements. Bien que l'expulsion soit une mesure administrative qui n'entre pas, en tant que telle, dans l'exercice du pouvoir répressif *stricto sensu*, elle mérite d'être examinée

(43) *Ibid.*

(44) Jugement du 25 février 1980, *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, p. 384.

(45) *J.O.C.E.*, n° L 257/13, 19 octobre 1968.

(46) Article 4, paragraphe 2, de la directive.

(47) Aff. 48/75, *Royer, Rec.*, 1976, p. 497, spéc. p. 513. Suite à cet arrêt, le Tribunal correctionnel de Liège a jugé, le 6 décembre 1976, que le sieur Royer restait titulaire du droit de séjour conféré par le traité et qu'il n'avait pas commis le délit de séjour illégal.

(48) Aff. 157/79, *Pieck, Rec.*, 1980, p. 2171, spéc. p. 2187.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

ici. En effet, deux raisons essentielles militent en faveur de la discussion de l'expulsion. En premier lieu, plusieurs affaires préjudicielles portées devant la Cour de justice en matière d'expulsion étaient liées à des condamnations pénales des intéressés (49). À cet égard, l'avocat général Mayras faisait part de son sentiment qu'« on ne peut se défendre de penser que l'expulsion d'un travailleur étranger, fût-il ressortissant du Marché commun, répond, en réalité, au sentiment d'hostilité confinant parfois à la xénophobie, que la commission d'un délit par un étranger fait généralement surgir ou ravive dans la population nationale » (50). En second lieu, les juridictions répressives ont parfois certains pouvoirs ayant une incidence directe sur l'expulsion des étrangers. Ainsi, le juge pénal français peut, dans certains cas, prononcer l'interdiction du territoire français, provisoire ou définitive, selon les cas, des étrangers coupables d'infraction à la réglementation des stupéfiants (51). Mais c'est à propos du pouvoir des juridictions répressives britanniques de proposer l'expulsion que la Cour de justice a été amenée à préciser les limites imposées par le droit communautaire à l'exercice du pouvoir du juge pénal à l'égard des travailleurs communautaires.

Le droit des États membres d'expulser de leur territoire des ressortissants des autres États membres de la Communauté a été expressément reconnu par la Cour dans l'arrêt *Van Duyn* (52). Se référant à la réserve d'ordre public prévue à l'article 48, paragraphe 3, du traité, la Cour a considéré que cette réserve « a pour effet que l'accès au territoire d'un État membre et le séjour sur ce territoire peuvent être refusés à un ressortissant d'un autre État membre dans tous les cas où la réserve est applicable » (53).

(49) Dans l'affaire *Bonsignore*, le ressortissant italien en question a été condamné à une amende pour infraction à la législation allemande sur les armes, aff. 67/74, *Rec.*, 1975, p. 297. Le sieur Royer a été condamné en Belgique, une première fois, pour séjour illégal et pour omission d'accomplir les formalités d'enregistrement requises. C'est lors d'une seconde poursuite pénale engagée contre lui pour avoir pénétré et séjourné en Belgique sans y avoir été autorisé que des questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice, aff. 48/75, *Rec.*, 1976, p. 497. La demoiselle Watson faisait l'objet d'une poursuite pénale pour violation de la loi italienne sur le contrôle des étrangers, aff. 118/75, *Rec.*, 1976, p. 1185. M^{me} Sagulo et MM. Brenca et Bakhouche ont été condamnés à des amendes pour avoir séjourné en République fédérale d'Allemagne sans être en possession d'une autorisation de séjour prévue par la législation sur les étrangers, aff. 8/77, *Rec.*, 1977, p. 1495. Le sieur Bouchereau a été trouvé coupable, à deux reprises, pour infraction à la loi britannique sur les stupéfiants, aff. 30/77, *Rec.*, 1977, p. 1999. Mario Santillo a été condamné au Royaume-Uni pour viol et attentat à la pudeur, aff. 131/79, *Rec.*, 1980, p. 1585. Le sieur Pieck a été poursuivi pour avoir continué à séjourner en Grande-Bretagne après l'expiration du délai autorisé, aff. 157/79, *Rec.*, 1980, p. 2171.

(50) Conclusions sous l'aff. 67/74, *Bonsignore*, *Rec.*, 1975, p. 315.

(51) Voy. l'article 630-1 du Code français de la santé publique.

(52) Aff. 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, *Rec.*, 1974, p. 1337.

(53) *Ibid.*, p. 1352.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

L'expulsion constitue la négation même du droit conféré et garanti par le traité (54). Aussi la Cour a-t-elle affirmé que l'inobservation des formalités nationales requises pour l'obtention du document spécial de séjour ne saurait être sanctionnée par l'expulsion (55).

Pour obtenir le document de séjour prévu à l'article 8 de la directive n° 68/360, la personne bénéficiant de la liberté de circulation des travailleurs doit être en possession d'une carte d'identité ou d'un passeport national en cours de validité. Aux termes de l'article 3, paragraphe 3, de la directive n° 64/221, « la péremption du document d'identité qui a permis l'entrée dans le pays d'accueil et la délivrance du titre de séjour ne peuvent justifier l'éloignement du territoire » (56).

L'expulsion est également exclue lorsque le travailleur communautaire s'abstient de se conformer aux formalités administratives requises par la législation nationale sur la police des étrangers. À cet égard, la directive n° 68/360 dispose que « les autorités compétentes de l'État d'accueil peuvent imposer au travailleur de signaler sa présence sur le territoire ». Plus généralement, la Cour a reconnu, dans les arrêts *Watson* et *Sagulo*, que les États membres restent libres pour prendre les mesures nécessaires destinées à assurer la connaissance exacte par les autorités nationales des mouvements de population affectant leur territoire. Mais, en même temps, la Cour précise que de telles modalités de contrôle ne sauraient être conçues de manière à restreindre la libre circulation ou à limiter le droit d'entrée et de séjour des ressortissants communautaires (57). Le délai dans lequel l'étranger doit signaler son arrivée dans l'État membre doit être *raisonnable* (58).

Un aspect particulier au droit anglais a permis à la Cour d'énoncer certaines limitations au pouvoir des juridictions répressives britanniques en matière d'expulsion. Selon la loi britannique sur l'immigration, une juridiction pénale est habilitée à adopter une proposition d'expulsion d'un étranger reconnu coupable d'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement (59). Une telle proposition est adressée au ministre de l'Intérieur qui est l'autorité investie du pouvoir de décision en la matière. Ce dernier garde, à cet égard, son entier pouvoir d'appréciation et n'est point lié par cette proposition. Cependant, la prise d'une telle proposition comporte deux séries de conséquences au

(54) Aff. 118/75, *Watson*, précitée, *Rec.*, 1976, pp. 1198-1199 ; aff. 157/79, *Pieck*, précitée, *Rec.*, 1980, p. 2187.

(55) Aff. 48/75, *Royer* et aff. 118/75, *Watson*, précitées.

(56) *J.O.C.E.*, n° 850/64, 4 avril 1964.

(57) *Rec.*, 1976, p. 1198 ; *Rec.*, 1977, p. 1504.

(58) Aff. 118/75, *Watson*, *Rec.*, 1976, p. 1198.

(59) Article 6, paragraphe 1^{er}, de l'*Immigration Act* 1971.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

niveau interne : d'une part, la personne visée peut être mise en détention en attendant la décision ministérielle, et, d'autre part, une décision d'expulsion fondée sur une proposition n'est pas susceptible d'appel à l'instar des autres décisions d'expulsion, mais peut, seulement, faire l'objet d'un contrôle juridictionnel restreint de sa légalité.

Aux termes de l'article 3, paragraphe 2, de la directive n° 64/221, la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver l'adoption des mesures restrictives de liberté. La question s'est posée, dès lors, de savoir si une *proposition* d'expulsion adoptée par une juridiction répressive britannique constituait une *mesure* au sens de la directive. Dans son arrêt *Bouchereau*, la Cour a répondu affirmativement à cette question (60).

Éclairée par les conclusions de l'avocat général, la Cour a déclaré que « constitue une "mesure" au sens de la directive tout acte affectant le droit des personnes relevant du champ d'application de l'article 48 d'entrer et de séjourner librement dans les États membres sous les mêmes conditions que les nationaux de l'État membre d'accueil ». Pour la Cour, il importe qu'aux différents stades du processus menant à une décision éventuelle d'éloignement, la protection garantie par la directive puisse être assurée par les juridictions lorsque celles-ci interviennent dans l'élaboration d'une décision restrictive de liberté. Il s'ensuit que la notion de « mesure » comprend l'acte d'une juridiction appelée en vertu de la loi à proposer, dans certains cas, l'expulsion d'un ressortissant d'un autre État membre. Eu égard aux caractères et aux conséquences d'une proposition d'expulsion, la Cour considère qu'elle affecte le droit à la libre circulation et constitue une « mesure » au sens de la directive (61).

La signification de cette prise de position est qu'en formulant une telle proposition, l'autorité judiciaire doit assurer l'exacte application de la directive et tenir compte des limites qu'elle impose à l'action des autorités des États membres (62).

Parmi les limites ainsi imposées, c'est la notion d'ordre public qui revêt une importance particulière. En effet, les mesures restrictives de liberté doivent être exclusivement fondées sur le comportement personnel de l'intéressé et justifiées par des raisons d'ordre public (63).

Dans l'arrêt *Van Duyn*, la Cour a déclaré que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public

(60) Aff. 30/77, *Regina c. Pierre Bouchereau*, *Rec.*, 1977, p. 1999.

(61) *Ibid.*, pp. 2011-2012.

(62) *Ibid.*, p. 2011.

(63) Article 3 de la directive n° 64/221.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité » (64). De même, dans l'arrêt *Rutili*, la Cour déclare que, « pour l'essentiel, les États membres restent libres de déterminer en vertu de la réserve inscrite à l'article 48, paragraphe 3, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public » (65). Mais, dans ces deux arrêts, en des termes identiques, la Cour reconnaît « qu'en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation des travailleurs, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté » (66). Dans l'arrêt *Bouchereau*, la Cour a davantage limité les circonstances dans lesquelles la réserve d'ordre public peut être utilisée. Pour la Cour, « le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tout cas, l'existence en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (67).

Ainsi circonscrite, la réserve d'ordre public limite considérablement le pouvoir des juridictions répressives britanniques de proposer l'expulsion d'une personne coupable d'une infraction possible d'une peine d'emprisonnement. Au surplus, puisqu'une telle proposition ne saurait être adoptée en raison, seule, d'une condamnation, le juge pénal est tenu de procéder à une appréciation spécifique, portée sous l'angle des intérêts inhérents à la sauvegarde de l'ordre public. Une telle appréciation, précise la Cour, ne coïncide pas nécessairement avec les appréciations qui ont été à la base de la condamnation pénale (68).

Dans son arrêt *Adoui et Cornuaille*, la Cour de justice a précisé qu'« un comportement ne saurait être considéré comme ayant un degré suffisant de gravité pour justifier des restrictions à l'admission ou au séjour sur le territoire d'un État membre, d'un ressortissant d'un autre État membre dans le cas où le premier État ne prend pas, à l'égard du même comportement, quand il est le fait de ses propres ressortissants, des mesures répressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement » (69).

(64) Aff. 41/74, *Rec.*, 1974, p. 1351.

(65) Aff. 36/75, *Rec.*, 1975, p. 1231.

(66) *Rec.*, 1975, p. 1231. Voy., également, *Rec.*, 1974, p. 1351.

(67) Aff. 30/77, *Rec.*, 1977, p. 2014.

(68) *Ibid.*, p. 2012.

(69) Aff. jtes 115 et 116/81, *Rezguia Adoui c. 1. État belge 2. Ville de Liège, Dominique Cornuaille c. État belge*, *Rec.*, 1982, p. 1665, attendu n° 8.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

II. – L'ATTÉNUATION DES SANCTIONS
PRÉVUES PAR LA LÉGISLATION NATIONALE

Dans les cas où la mesure nationale d'interdiction serait compatible avec le droit communautaire, et alors même que le type de la sanction prévu par la loi nationale pour réprimer la violation d'une telle disposition est approuvé par la Cour, il est des hypothèses dans lesquelles c'est la sévérité de la sanction qui est condamnée par elle.

De certains arrêts rendus par la Cour de justice en matière de liberté de circulation aussi bien des marchandises que des travailleurs, il ressort qu'il doit exister un rapport de proportionnalité entre la nature de l'infraction et la gravité de la sanction. En même temps, les sanctions encourues par des ressortissants communautaires peuvent être comparables à celles applicables aux nationaux coupables d'infractions similaires.

A. – Les sanctions doivent être proportionnelles
à la nature de l'infraction

Lorsque, dans les arrêts *Donckerwolcke* et *Cayrol*, la Cour déclare contraires au traité la saisie de la marchandise et l'amende calculée en fonction de la valeur de celle-ci en cas de fausse déclaration d'origine, elle le fait pour des raisons d'ordre général. Pour elle, « toute mesure administrative ou répressive dépassant le cadre de ce qui est strictement nécessaire, à l'État membre d'importation, en vue d'obtenir des renseignements raisonnablement complets et exacts sur les mouvements de marchandises relevant de mesures de politique commerciale particulières, doit être considérée comme mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative prohibée par le traité » (70). La saisie de la marchandise et toute sanction pécuniaire fixée en fonction de sa valeur constituent des entraves à la libre circulation des marchandises. La Cour conclut que l'exigence de la déclaration d'origine tomberait sous la prohibition de l'article 30 du traité si l'omission ou l'inexactitude de cette déclaration était frappée de sanctions disproportionnées à la nature de l'infraction (71).

(70) Aff. 41/76, *Donckerwolcke*, *Rec.*, 1976, p. 1938 ; aff. 52/77, *Cayrol*, *Rec.*, 1977, pp. 2280-2281. De même, dans son arrêt 8/77, *Sagulo*, la Cour considère que, « dans le cas où un État membre assure l'exécution de la directive citée sur [la] base de sa législation générale relative au statut des étrangers, il ne serait pas en droit de prendre des mesures, administratives ou judiciaires, qui auraient pour effet de restreindre le plein exercice des droits conférés par le droit communautaire aux ressortissants des États membres », *Rec.*, 1977, p. 1504.

(71) *Rec.*, 1976, p. 1938 ; *Rec.*, 1977, p. 2280.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Cette prise de position appelle deux séries d'observations. En premier lieu, la démarche suivie par la Cour est différente de celle généralement adoptée à propos des articles 30 et 36 du traité. De la jurisprudence en cette matière, il résulte qu'une mesure interdite par l'article 30 peut, néanmoins, être reconnue conforme au droit communautaire lorsqu'elle est justifiée pour atteindre certains objectifs visés à l'article 36. Cependant, même dans une telle hypothèse, la mesure nationale ainsi autorisée ne doit constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. Or, pour bénéficier de la dérogation de l'article 36, la mesure nationale doit être *nécessaire* pour réaliser les buts envisagés et ne doit pas dépasser les limites de ce qui peut être *raisonnablement* exigé (72). Le caractère nécessaire et raisonnable de la mesure est apprécié eu égard à la proportionnalité entre elle et l'objectif qu'elle vise à atteindre. Une mesure disproportionnée et excessive ne saurait, dès lors, être permise. Mais lorsque la Cour interdit des sanctions nationales excessives en les qualifiant de mesures d'effet équivalent au sens de l'article 30 du traité, elle exclut, par définition, la possibilité pour de telles sanctions d'être légalisées par le biais de l'une des dérogations prévues à l'article 36 (73).

En second lieu, il n'apparaît pas clairement si c'est la sanction excessive qui est qualifiée de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative ou si c'est l'exigence d'une déclaration d'origine qui est ainsi considérée lorsqu'elle s'accompagne de sanctions disproportionnées. D'une part, la Cour estime que toute mesure administrative ou *répressive* excessive constitue une mesure d'effet équivalent. Les sanctions disproportionnées encourues ne sont qualifiées que d'entraves à la libre circulation des marchandises. D'autre part, ce qui paraît contraire à

(72) Voy., p. ex., arrêt 104/75, *De Peijper, Rec.*, 1976, p. 613. Voy., également, la discussion de cette question par l'avocat général WARNER dans ses conclusions sous l'aff. 34/79, *Henn & Darby, Rec.*, 1979, pp. 3818 et s.

(73) Observons, cependant, que, lorsqu'il s'agit des mesures indistinctement applicables aux produits importés et nationaux, la Cour a reconnu, notamment dans les arrêts 120/78, *Cassis de Dijon (Rec.)*, 1979, p. 649), 788/79, *Gilli (Rec.)*, 1980, p. 2071) et 130/80, *Kelderman (Rec.)*, 1981, p. 527), que les États membres pouvaient poser des obstacles à la libre circulation des marchandises qui sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs. Or il ne faudrait pas considérer que la Cour ajoute aux dérogations prévues à l'article 36 du traité. La Cour estime que des mesures indistinctement applicables justifiées par les raisons évoquées ne constituent pas des mesures d'effet équivalent et ne tombent pas sous le coup de l'article 30 du traité. Voy., à cet égard, son arrêt dans l'aff. 113/80, *Commission c. Irlande, Rec.*, 1981, p. 1625 et, notamment, l'étude de M. le Juge A. TOUFFAIT, « Les entraves techniques à la libre circulation des marchandises », *D.*, 1982, chron., pp. 37 et s.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

l'article 30 du traité, c'est le cas d'une exigence, en soi licite, de déclaration d'origine frappée de sanctions disproportionnées. Notons à ce sujet qu'en 1966, la chambre criminelle de la Cour de cassation de France a déclaré que « l'application de dispositions répressives de droit interne ne saurait constituer soit directement, soit indirectement, une mesure restrictive ni même une mesure équivalant à une restriction quantitative à l'importation » (74).

La réponse de la Cour de justice dans l'affaire *Donckerwolcke* pouvait poser des problèmes délicats pour le juge de renvoi. Considérant les sanctions prévues par le Code des douanes français en cas de fausse déclaration d'origine comme disproportionnées à la nature de l'infraction, la Cour de justice invite la Cour d'appel de Douai à mitiger ces sanctions. Or, selon l'article 369 du Code des douanes français, « les juges ne peuvent, à peine d'en répondre en leur propre et privé nom, modérer ni les droits ni les confiscations et amendes ». En fait, le dilemme ne se présentait toutefois pas car, par un arrêt du 2 novembre 1977, la Cour de Douai a constaté l'extinction de l'action publique à la suite de la conclusion d'une transaction entre les parties. Une telle difficulté ne paraît plus se poser en ces termes, car l'article 369 du Code des douanes a été remplacé par l'article 10 de la loi du 29 décembre 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matières fiscale et douanière (75).

En effet, suite à la réforme de 1977, le juge répressif se voit reconnaître le pouvoir de moduler la sanction, de fixer le montant de l'amende et d'accorder des circonstances atténuantes. Néanmoins, cette modification ne satisfait pas entièrement aux exigences formulées par la Cour de justice dans la mesure où le juge reste tenu de fixer le taux de l'amende compris entre une et trois fois la valeur de la marchandise (76).

Observons qu'en matière de liberté de circulation des marchandises, la Cour ne s'est prononcée que sur des sanctions applicables aux infractions douanières. Ces dernières présentent des caractères particuliers comportant, à la fois, des aspects répressifs et indemnitaires (77).

(74) Arrêt du 29 juin 1966, *Promatex*, *Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation*, 1966, n° 184, p. 421.

(75) *J.O.R.F.*, 30 décembre 1977, p. 6279.

(76) Voy., à cet égard, Cl. J. BERR et H. TREMEAU, *Le droit douanier*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1981, spéc. pp. 423 et s.

(77) En raison du dommage causé aux intérêts du Trésor public. Voy., sur le particularisme des infractions douanières, J. PRADEL, *Droit pénal*, t. 1, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981, pp. 313 et s. Voy., aussi, Cl. J. BERR et H. TREMEAU, *Le droit douanier*, *op. cit.*, notamment pp. 423 et s.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

L'interdiction d'appliquer des sanctions excessives disproportionnées à la nature de l'infraction est également affirmée en matière de libre circulation des travailleurs. Si, dans l'affaire *Pieck*, ainsi que nous l'avons constaté, la Cour exclut l'emprisonnement en cas d'omission par un ressortissant communautaire d'obtenir la carte de séjour requise par la directive, c'est qu'elle juge une telle sanction disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle considère mineure. De même, l'expulsion n'est pas permise en cas de méconnaissance des formalités nationales en matière de police des étrangers, car une telle mesure est jugée trop sévère par la Cour dans les arrêts *Royer* (78) et *Watson* (79). L'éloignement du territoire est également interdit dans le cas où, comme dans l'affaire *Pieck*, le ressortissant communautaire se serait abstenu de se munir du titre de séjour prévu par la directive (80). Des sanctions disproportionnées infligées en cas d'inobservation des formalités nationales en matière de contrôle des étrangers constituent en elles-mêmes, ainsi que la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Watson*, une entrave à la libre circulation des personnes (81).

Pour assurer l'efficacité des prescriptions nationales compatibles avec le droit communautaire, la Cour considère que les États membres doivent prévoir des « sanctions appropriées » (82). Dans l'arrêt *Sagulo*, elle reconnaît le droit des autorités nationales d'appliquer des mesures de contraintes *adéquates* (83). Dans cette même espèce, elle considère que l'obligation d'être en possession d'un passeport en cours de validité ou d'une carte d'identité peut être sanctionnée dans des limites *raisonnables* (84). Le juge répressif est appelé à exercer sa liberté d'appréciation en vue d'aboutir à une *pénalisation appropriée* au caractère et au but des prescriptions communautaires qu'il s'agit de sanctionner (85).

Ceci présuppose que le droit national prévoit une échelle de sanctions variables entre un minimum et un maximum. Mais, au-delà du juge, l'exigence de respecter la proportionnalité entre la gravité de

(78) Précité. La Cour précise que, lorsque l'expulsion n'est pas permise, les sanctions appropriées demeurent possibles à l'exclusion cependant d'une mesure de privation provisoire de liberté en vue de l'éloignement du territoire. *Rec.*, 1976, p. 514.

(79) Précité.

(80) *Rec.*, 1980, p. 2187.

(81) Aff. 118/75, *Rec.*, 1976, p. 1199.

(82) Aff. 48/75, *Royer*, *Rec.*, 1976, p. 514.

(83) Aff. 8/77, *Rec.*, 1978, p. 1505.

(84) *Ibid.*, p. 1507.

(85) *Ibid.*, p. 1508.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

l'infraction et de la sanction concerne le législateur national auquel il incombe de sanctionner les conduites menaçant l'ordre social sans entraver la poursuite des buts visés par les règles communautaires (86). Comme C. Pedrazzi le fait observer, « le juge ne peut déborder des limites fixées par la loi. S'il devait arriver que la marge laissée au juge par cette dernière ne suffise pas à ramener une sanction excessive à une mesure compatible avec le droit communautaire, une conclusion serait inévitable : la loi d'incrimination s'avérerait incompatible dans son ensemble, avec ce dernier... » (87).

Luigi Mari estime que le problème à résoudre est celui du critère d'évaluation de la compatibilité entre le droit communautaire et la sanction nationale et que la proportionnalité évoquée par la Cour ne constitue pas un critère suffisamment précis. Pour lui, il existe un principe général selon lequel une obligation imposée aux administrés dans l'intérêt général doit être indispensable pour atteindre le but poursuivi. Ainsi, la proportionnalité de la sanction pénale est à la fois l'application et la preuve d'un principe général. « Si l'incrimination doit poursuivre un but légitime à l'égard du droit communautaire », écrit-il, « la sanction qui en découle ne peut se justifier que si elle paraît strictement nécessaire à la poursuite de ce but... Dès lors, la mesure de la sanction pénale ne doit pas dépasser la limite d'un strict besoin de protection de l'intérêt visé » (88). Il n'est pas certain que cette analyse contribue d'une façon significative à expliciter la solution retenue par la Cour.

À cet égard, André Huet considère que l'exigence des sanctions pénales raisonnables risque d'être arbitraire et qu'elle porte en elle-même les germes d'une extension dangereuse de la compétence communautaire (89). Césaré Pedrazzi estime, pour sa part, que le critère de la mesure non excessive, non proportionnée de la sanction pourrait apparaître trop arbitraire comme tout critère purement qualitatif. Il observe que, par le biais de l'exigence de proportionnalité, la Cour de justice vise un certain degré d'harmonisation des sanctions entre les systèmes juridiques des États membres dans les secteurs considérés (90).

(86) L. MARI, « Quelques réflexions sur la "mesure excessive" de la sanction pénale par rapport au droit communautaire », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, *op. cit.*, p. 159, spéc. pp. 162 et s.

(87) « Droit communautaire et droit pénal des États membres », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, *op. cit.*, p. 79.

(88) *Op. cit.*, pp. 163-164.

(89) UNIVERSITÀ DI PARMA, *op. cit.*, p. 292.

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

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

B. – Les sanctions peuvent être comparables à celles prévues pour des infractions similaires en droit interne

Lorsqu'il s'agit d'une méconnaissance d'une obligation imposée par le droit communautaire lui-même, applicable tant aux nationaux qu'aux ressortissants des autres États membres, la sanction infligée doit être identique. Ainsi, dans l'arrêt *Cayrol*, la Cour a déclaré discriminatoires et incompatibles avec le traité des mesures nationales réalisant une distinction entre les sanctions encourues en cas de violation d'un règlement communautaire en matière de normes de qualité des fruits et légumes⁽⁹¹⁾. Ici encore, de telles sanctions discriminatoires sont considérées comme des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives.

Pour cette raison, par jugement du 20 décembre 1977 pris en considération de l'arrêt de la Cour, le Tribunal de Saluzzo a rejeté l'action dirigée contre Rivoira par Cayrol. Le président du tribunal a estimé que l'amende infligée à Cayrol en vertu de la législation douanière française était excessive et que, par conséquent, le remboursement par Rivoira ne devrait pas être ordonné⁽⁹²⁾.

De même, dans le cas d'obligations imposées par le droit national et conformes au droit communautaire, l'avocat général Reischl estime que « l'existence d'une disposition pénale ne peut pas être contestée du point de vue du droit communautaire si elle prévoit des sanctions équitables indistinctement pour les étrangers et pour les nationaux »⁽⁹³⁾.

En matière de libre circulation des travailleurs, il ne s'agit pas d'obligations communautaires imposées aux nationaux, mais seulement de celles applicables aux ressortissants des États membres bénéficiant de cette liberté et aussi des obligations nationales prises en exécution du droit communautaire ou, en tout cas, conformes à celui-ci. Ainsi qu'on l'a vu précédemment, les autorités nationales sont autorisées à exiger des ressortissants communautaires qu'ils accomplissent certaines formalités administratives dans le cadre de la police des étrangers. Dans un cas de méconnaissance d'une telle obligation, les autorités nationales peuvent infliger des sanctions proportionnelles à la gravité de l'infraction.

Il est des cas, cependant, où les nationaux de l'État d'accueil sont soumis à des obligations similaires à celles imposées aux étrangers.

⁽⁹¹⁾ Aff. 52/77, *Rec.*, 1977, p. 2281.

⁽⁹²⁾ *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, p. 297.

⁽⁹³⁾ À propos de l'exigence d'être en possession d'un permis de conduire, aff. 16/78, *Choquet, Rec.*, 1978, p. 2309.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

L'inobservation par des nationaux et par des ressortissants communautaires de telles obligations doit-elle être réprimée par des sanctions identiques ? Certains avocats généraux l'ont soutenu. La Cour ne l'exige pourtant pas.

Ainsi, dans l'affaire *Royer*, s'agissant de formalités d'enregistrement des étrangers, l'avocat général Mayras a estimé que, « compte tenu du principe de la non-discrimination..., ces sanctions ne sauraient aller au-delà de celles qui sont applicables aux nationaux de l'État membre en cause lorsqu'ils ne se conforment pas aux obligations administratives prévues en cas de changement de résidence » (94). De même, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Sagulo*, l'avocat général Reischl a maintenu que le défaut par un ressortissant communautaire d'avoir un passeport en cours de validité ou une carte d'identité ne saurait être plus sévèrement sanctionné que l'omission par un ressortissant allemand de se munir d'une carte d'identité exigée par la législation nationale (95).

En revanche, à propos de l'affaire *Watson*, l'avocat général Trabucchi a estimé qu'il était difficile de comparer l'obligation d'un ressortissant italien de s'inscrire sur le registre de l'état civil et l'obligation d'un étranger de signaler sa présence sur le territoire (96). La Cour de justice, quant à elle, n'exige pas de sanctions identiques dans de tels cas. Dans l'affaire *Watson*, elle déclare que « si les autorités nationales peuvent soumettre le non-respect des dispositions relatives à la déclaration de présence des étrangers à des sanctions comparables à celles qui s'appliquent à des infractions nationales de même importance, il ne serait cependant pas justifié d'y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à la libre circulation des personnes » (97). En d'autres termes, elle préfère limiter la mesure de la sanction en l'attachant au caractère de l'infraction et n'exclut pas des sanctions similaires à celles prévues en droit interne pour des infractions comparables, tout en n'obligeant pas le juge à établir une identité entre les deux infractions visées et leurs sanctions.

La même solution est retenue dans l'affaire *Sagulo*. Pour la Cour, l'obligation imposée aux ressortissants communautaires séjournant dans l'un des États membres d'être en possession d'un passeport en cours de validité ou d'une carte d'identité ne saurait être purement et

(94) *Rec.*, 1976, p. 526.

(95) *Rec.*, 1977, p. 1513.

(96) *Rec.*, 1976, p. 1210.

(97) *Ibid.*, p. 1199.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

simplement assimilée à celle incombant aux nationaux qui, en vertu de la législation nationale, doivent être titulaires d'une carte d'identité. La Cour relève que, dans certains États membres, une telle obligation, s'agissant des nationaux, n'existe pas et que, pour cette raison, un critère de comparaison ferait défaut. C'est pourquoi elle déclare que les autorités nationales sont autorisées à appliquer des sanctions pénales différentes de celles frappant les nationaux, mais souligne que les États membres sont tenus de sanctionner la méconnaissance de l'obligation communautaire dans des *limites raisonnables* (98). Davantage encore, l'État ne doit pas nécessairement adopter des sanctions spécifiquement applicables aux seuls ressortissants communautaires. La législation générale sur la police des étrangers peut s'appliquer ici aussi. Cependant, la Cour attire l'attention du juge interne sur le fait que les pénalités prévues par une telle législation peuvent s'avérer inadaptées aux exigences du droit communautaire, compte tenu des principes de la libre circulation des travailleurs et de non-discrimination. En définitive, le juge répressif est requis d'appliquer une pénalisation appropriée au caractère des prescriptions communautaires qu'il s'agit de sanctionner (99).

Plutôt que de procéder à établir l'identité, la similitude ou la comparabilité des obligations communautaires et nationales afin d'exiger l'application des mêmes sanctions en cas de leur inobservation, la Cour s'attache à indiquer au juge interne qu'il doit respecter une proportionnalité entre l'infraction commise et la sanction appliquée. La même tendance se confirme dans l'arrêt *Pieck*. Excluant, ainsi que nous l'avons vu, l'emprisonnement et l'expulsion en cas de méconnaissance des formalités requises pour obtenir la carte de séjour spéciale, la Cour déclare que les États membres peuvent soumettre le non-respect de telles formalités à des sanctions comparables à celles qui s'appliquent à des infractions nationales de moindre importance (100). Elle indique, par là même, qu'une telle inobservation constitue une infraction mineure.

III. – CONCLUSIONS

Au même titre que les autres branches du droit national, le droit pénal subit l'influence du droit communautaire. On a pu écrire à cet égard qu'« il n'existe aucun problème propre à l'influence sur le droit pénal

(98) *Rec.*, 1977, p. 1507.

(99) *Ibid.*, pp. 1507-1508.

(100) *Rec.*, 1980, p. 2187.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

sans être également commun à l'influence en général du droit européen sur le droit des États membres » (101). Il n'en demeure pas moins qu'un aspect propre au droit pénal pose un problème particulier.

Pour bien cerner ce problème, il convient d'observer, avec André Decocq, que « le pouvoir de législation pénale n'est que le pouvoir d'incriminer. Il n'est ni le pouvoir d'interdire, ni celui de permettre, ni celui d'abroger les incriminations » (102). Ceci est particulièrement important en ce qui concerne le droit communautaire. En effet, selon cet auteur, « les institutions communautaires risqueraient d'être paralysées dans leur action si elles ne pouvaient ni abroger des interdictions sanctionnées pénalement, ni rendre caduques des incriminations incompatibles avec les règles qu'elles édictent compétamment » (103).

Dès lors, la compétence communautaire en matière pénale mérite d'être abordée. Comme l'a constaté Van Binsbergen, le droit pénal est à peine évoqué dans le traité (104). En raison du fait que l'exécution et l'application du droit communautaire incombent, en premier lieu, aux autorités nationales, Lanfranco Bianconi est frappé de constater les lacunes du traité en ce qui concerne les moyens pour assurer le respect du droit communautaire (105). Aussi M. Bigay a-t-il pu observer qu'« aucune disposition du traité de Rome ne prévoit l'obligation pour les États membres de sanctionner pénalement les règlements communautaires, qui sont donc, en principe, dépourvus de sanction pénale tant qu'un texte interne n'est pas intervenu à cet effet » (106).

C'est de l'article 5 du Traité CEE que pourrait découler, pour les États membres, l'obligation de réprimer les violations des normes communautaires. Aux termes de cette disposition, « les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté ».

À cet égard, Paul de Keersmaecker écrit, dans le rapport fait au nom de la Commission juridique du Parlement européen sur les rapports

(101) M. BOSCARRELLI, « Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, op. cit., p. 85.

(102) « Le conflit entre la règle communautaire et la règle pénale interne », in UNIVERSITÀ DI PARMA, *Droit communautaire et droit pénal*, op. cit., p. 31.

(103) *Ibid.*

(104) « Le droit pénal des Communautés européennes », in *Droit pénal européen*, U.L.B., Institut d'études européennes, 1970, p. 209.

(105) « Vers un droit pénal communautaire », *R.M.C.*, 1975, p. 35.

(106) « L'application des règlements communautaires en droit pénal français », *Rev. trim. dr. eur.*, 1971, p. 54.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

entre le droit communautaire et le droit pénal : « Bien que la nature exacte des obligations qui incombent aux États membres en vertu de cette disposition ait été discutée, il est certain que les États membres sont seuls à détenir le pouvoir de contrainte nécessaire à l'application de sanctions efficaces en cas de violation du droit communautaire » (107).

Il n'est pas sans intérêt de noter que, dans son rapport sur la proposition de la Commission relative au projet de traité portant modification des traités instituant les Communautés européennes en vue d'adopter une réglementation commune sur la protection pénale des intérêts financiers des Communautés ainsi que sur la poursuite des infractions aux dispositions desdits traités, la Commission juridique du Parlement européen a approuvé l'adjonction d'un alinéa à l'article 5 du Traité CEE, en modifiant légèrement le texte soumis par la Commission. Selon le nouvel alinéa, « la poursuite des infractions aux dispositions prises par les institutions de la Communauté en vertu de celui-ci et aux dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui en assurent l'exécution, ainsi que la protection pénale des intérêts de la Communauté font l'objet d'un protocole annexé au présent traité » (108).

Au surplus, un texte communautaire peut obliger les États membres à adopter des sanctions en vue d'assurer son application. Tel est, par exemple, le cas du règlement n° 1463/70 concernant l'introduction d'un appareil de contrôle dans le domaine des transports par route. Selon ce règlement, « les États membres arrêtent, en temps utile, après consultation de la Commission, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires à l'exécution du présent règlement. Ces dispositions portent, entre autres, sur l'organisation, la procédure et les instruments de contrôle, ainsi que sur les sanctions applicables en cas d'infraction » (109).

Mais le Conseil peut-il aller au-delà et prévoir lui-même les sanctions applicables en cas de violation des obligations imposées par un règlement ? La question est controversée. Pourtant, l'article 172 semble l'autoriser, puisqu'il dispose que « 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 ». Bien que, selon

(107) Rapport du 2 février 1977, documents de séance n° 531/76.

(108) Rapporteur P.C.A. KRIEG, Rapport du 3 janvier 1979, document n° 498/78.

(109) *J.O.C.E.*, n° L 164/1, 1970. Voy. l'arrêt de la Cour 128/78, *Commission c. Royaume-Uni*, *Rec.*, 1979, p. 419.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

certain auteurs, cette disposition doit recevoir une interprétation restrictive, on pourrait soutenir que l'édition de sanctions pénales est permise (110).

La Commission juridique du Parlement européen s'est prononcée contre la reconnaissance du pouvoir du Conseil, en dehors d'une habilitation expresse par le traité, de définir directement le contenu et d'imposer une sanction déterminée frappant les citoyens de la Communauté. En revanche, la Commission juridique admet que les instances communautaires sont autorisées à décider sur l'opportunité des sanctions et que la Communauté a le droit et le devoir, lorsqu'elle l'estime opportun, de contraindre les États membres à édicter, dans le droit national, des sanctions destinées à assurer l'exécution des règles communautaires (111).

On pourrait soutenir qu'en vertu de la théorie des pouvoirs implicites, les organes communautaires pourraient établir eux-mêmes des sanctions en cas de violation du droit communautaire. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une disposition nationale prise en application du droit communautaire, il conviendrait de laisser le choix des sanctions aux instances nationales. De telles sanctions ne sauraient cependant échapper au contrôle de la Cour en vertu, notamment, des articles 169 et 170 du traité et, indirectement, par le biais du renvoi préjudiciel en interprétation.

La disposition de l'article 5 du traité n'a pas, jusqu'à présent, été évoquée pour fonder l'obligation des États membres d'établir des sanctions pénales. Elle a été, en revanche, invoquée pour affirmer que les États membres peuvent, en vertu de cette disposition, prendre des sanctions pénales qu'ils estiment nécessaires pour assurer l'exécution des obligations communautaires. Certes, les États membres ne sauraient prendre des mesures qui modifient la portée des règlements ou les complètent, mais, comme l'a observé l'avocat général Capotorti, « on ne peut pas dire qu'une sanction pénale altère le contenu des dispositions du règlement... le fait qu'un État membre ajoute des sanctions pénales à la réglementation communautaire... n'est pas contraire aux principes du droit des Communautés européennes » (112). Dans ce sens, la Cour a déclaré, dans son arrêt *Amsterdam Bulb*, que « l'article 5 du traité CEE,

(110) En faveur de cette thèse, GROEBEN et BOECK, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, et JOHANNES, « Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften », *Europarecht*, 1968, p. 107, cités par M. BOERTIEN, Projet de note sur les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal, Commission juridique du Parlement européen, 8 juillet 1969, Doc. PE 22.504, p. 5.

(111) Projet de note cité, *ibid.*, pp. 5 et s.

(112) Conclusions dans l'aff. 50/76, *Amsterdam Bulb*, *Rec.*, 1977 p. 152, spéc. p. 156. Voy., également, conclusions sous arrêt 56/80, *Weigand*, *Rec.*, 1981, p. 606, spéc. pp. 612-613.

L'INCIDENCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

en obligeant les États membres à prendre toutes mesures générales et particulières pour assurer l'exécution des obligations découlant des actes des institutions de la Communauté, laisse aux différents États membres le choix des mesures appropriées, y compris des sanctions même pénales ». Ainsi, « en l'absence d'une disposition dans la réglementation communautaire prévoyant des sanctions particulières en cas de non-observation par des particuliers de ladite réglementation, les États membres sont compétents pour choisir les sanctions qui leur semblent appropriées » (113).

Lorsque des sanctions pénales sont établies par la législation nationale en vue d'assurer le respect des obligations communautaires, elles demeurent soumises à certaines limitations. Résumant sa jurisprudence en la matière, la Cour déclare, dans l'arrêt *Casati*, que « les mesures administratives ou réglementaires ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire, les modalités de contrôle ne doivent pas être conçues de manière à restreindre la liberté voulue par le traité et il ne faut pas y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à cette liberté » (114). Et la Cour continue d'expliquer que « les limites fixées par cette jurisprudence servent à éviter que les libertés garanties par le droit communautaire ne soient compromises par les mesures de contrôle que ce même droit permet aux États membres de maintenir » (115).

On ne saurait douter que les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal national comportent des aspects délicats. Une harmonisation des législations pénales nationales devient de plus en plus nécessaire. Mais, outre cette œuvre législative, l'apport de la Cour de justice, ici comme ailleurs, est considérable et s'inscrit dans la ligne établie dès les origines de sa jurisprudence.

(113) *Rec.*, 1977, p. 150.

(114) Aff. 203/80, *Rec.*, 1981, p. 2595, spéc. p. 2618.

(115) *Ibid.*

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

I. – INTRODUCTION

Le prestige dont jouissent, dans la société occidentale contemporaine, ceux investis de « la puissance de juger, si terrible parmi les hommes », selon le châtelain de la Brède (1), est considéré par certains comme l'un des phénomènes politiques les plus marquants du xx^e siècle (2).

La justiciabilité – exigence absolue, générale et universelle – exprime l'idée que « [p]lus rien ne doit échapper au contrôle du juge » (3) et que « [t]out désormais doit pouvoir être mis en cause devant une juridiction » (4). Selon l'élégante expression d'A. Garapon, « [l]a justice devient un lieu d'exigibilité de la démocratie » (5).

Caractérisée par une quête de ce que Lawrence M. Friedman appelle « *total justice* » (6), qui constitue, simultanément, une norme sociale et un principe transformateur des institutions juridiques et sociales (7), la société moderne témoigne d'une « *general expectation of justice and a general expectation of recompense for injuries and loss* » (8).

Attendues essentiellement du juge, ces attentes contribuent à amplifier son rôle créateur de droit, dont une des raisons principales réside « dans le changement radical qui s'est produit dans le rôle du droit et de l'État eux-mêmes dans les sociétés de nos jours » (9).

Le législateur moderne, buté dans ses tentatives d'architecte de faire de la broussaille des rapports économiques et sociaux un jardin cultivé, remarque le président Donner, laisse au jardinier le soin de se

(1) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI.

(2) Ph. RAYNAUD, « Le juge, la politique et la philosophie », in *Situations de la démocratie*, Paris, 1993, p. 110.

(3) A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Paris, 1996, pp. 20-21.

(4) *Ibid.*, p. 43.

(5) *Ibid.*, p. 45.

(6) L. M. FRIEDMAN, *Total Justice*, New York, 1996.

(7) *Ibid.*, p. 147.

(8) *Ibid.*, p. 5.

(9) M. CAPPELLETTI, « Des juges législateurs ? », in *Le pouvoir des juges*, Paris-Aix-en-Provence, 1990, p. 23, spéc. p. 39.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

débrouiller (10). « Autrement dit, le législateur s'est habitué à renvoyer les mauvaises cartes au juge » (11).

Même si « le droit est infiniment plus grand que le contentieux » (12), ce dernier n'étant que « le droit pathologique » (13), la fonction de juger implique plus que la solution des différends et des litiges. « *Adjudication* », souligne Lon L. Fuller, « *is a form of social ordering* » (14). Le juge détient, en effet, un pouvoir normateur (15), et la normativité de la règle s'acquiert par « l'autorité du juge qui prononce la norme et la clarté de son énoncé » (16).

L'exercice de la fonction juridictionnelle conduit inévitablement le juge à exercer un pouvoir discrétionnaire. Ce dernier est, comme l'a remarqué Aharon Barak, « *the power the law gives the judge to choose among several alternatives, each of them being lawful* » (17). Un tel pouvoir discrétionnaire repose sur l'idée qu'il existe plusieurs options (18), « *a zone of possibilities* » (19).

C'est la question du rapport entre l'interprétation du droit et la nature de la fonction judiciaire qui nourrit la problématique actuelle relative au rôle du juge (20). La maîtrise de l'herméneutique, révélatrice de la polyvalence du droit, est, en effet, l'apanage du juge. Lorsque, dans la pièce de Jean Giraudoux, *La Guerre de Troie n'aura pas lieu*, Busiris refuse de fournir à Hector des arguments pour réfuter une thèse qu'il avait préalablement acceptée de soutenir dans une consultation demandée par le Sénat, Hector rétorque : « Je te demande, moi, une interprétation, c'est plus juridique encore ». C'est dans ce contexte qu'Hector déclare : « ... nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité ».

« C'est notre Droit qui nous gouverne », affirme J.-D. Bredin, « non nos juges » (21).

(10) A.-M. DONNER, « Nature et évolution des institutions de la Communauté européenne », in *Droit + Économie*, 1980, n° 37, pp. C-94-127, pp. 3-36.

(11) *Ibid.*

(12) J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, 1979, p. 18.

(13) *Ibid.*

(14) L. L. FULLER, « The forms and limits of adjudication », *Harvard L. Rev.*, 1978, vol. 92, pp. 353-409, spéc. p. 357.

(15) D. DE BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, 1996, p. 115.

(16) *Ibid.*, p. 117.

(17) A. BARAK, *Judicial Discretion*, New Haven & London, 1989, p. 7.

(18) *Ibid.*, p. 8.

(19) *Ibid.*, p. 9.

(20) Ph. RAYNAUD, *op. cit.*, p. 117.

(21) J.-D. BREDIN, « Un gouvernement des juges ? », *Pouvoirs*, 1994, n° 68, pp. 77-85, spéc. p. 83.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

« Dans la Communauté », constate J. P. Jacqué, « le droit c'est le juge » (22).

Profondément imprégnée du droit (23), la Communauté européenne ne peut qu'accuser la prépondérance du juge, qu'il soit communautaire ou national, dans le processus évolutif de l'intégration.

La Cour de justice et, depuis 1989, le Tribunal de première instance qui lui a été adjoint (24) exercent des compétences d'attribution conférées par le traité. Les juridictions nationales s'acquittent de la fonction communautaire qui leur est assignée à travers l'exercice des compétences définies par le droit interne.

La jurisprudence de la juridiction communautaire considère l'effectivité de la protection des droits tirés par les particuliers des règles communautaires comme le pendant barométrique de l'effectivité du droit communautaire lui-même.

Les arrêts relatifs à la primauté du droit communautaire et à son effet direct, les décisions précisant les circonstances dans lesquelles les directives sont susceptibles d'être invoquées devant le juge interne, les arrêts établissant l'obligation pour ce dernier de procéder à une interprétation conforme et ceux qui reconnaissent au juge le droit de soulever d'office un moyen de droit communautaire s'inspirent tous d'une préoccupation essentielle : celle d'assurer aux justiciables communautaires une jouissance effective de leurs droits. Le droit reconnu au justiciable de contester la validité des actes adoptés par les institutions au regard des principes généraux du droit communautaire s'inspire de la même préoccupation (25).

Pour atteindre cet objectif, deux conditions essentielles doivent être réunies : d'une part, l'accès au prétoire ne doit pas être subordonné à des exigences trop difficiles à satisfaire ; d'autre part, les remèdes susceptibles d'être obtenus du juge et les conditions de leur octroi doivent être adéquats.

(22) J. P. JACQUE, « Le rôle du droit dans l'intégration européenne », in *Philosophie politique*, 1991, n° 1, pp. 119-134, spéc. p. 132.

(23) P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *R.I.D.C.*, 1974, pp. 5-19, spéc. p. 6.

(24) Décision 88/591/CECA, CEE, Euratom du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes (*J.O.C.E.*, L 319, p. 1) et rectificatif publié au *J.O.C.E.*, 1989, L 241, p. 4, texte consolidé publié au *J.O.C.E.*, 1989, C 215, p. 1, modifiée par la décision 93/350/Euratom, CECA, CE du Conseil du 8 juin 1993 (*J.O.C.E.*, L 133, p. 21), par la décision 94/149/CECA, CE du Conseil du 7 mars 1994 (*J.O.C.E.*, L 66, p. 29), par l'acte d'adhésion de 1994 (*J.O.C.E.*, 1994, C 221, p. 21), et par la décision 95/1/CE, Euratom, CECA du Conseil, du 1^{er} janvier 1995, portant adaptation des instruments relatifs à l'adhésion de nouveaux États membres à l'Union européenne (*J.O.C.E.*, L 1, p. 1).

(25) Arrêt du 15 avril 1997, *Woodspring District Council* (C-27/95, *Rec.*, p. I-1847, points 15-21).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

II. – LES RECOURS DEVANT LES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES

La juridiction communautaire qui, dans les limites des compétences qui lui sont conférées, assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité(26) participe ainsi à la réalisation des tâches confiées à la Communauté(27). La panoplie de compétences et de pouvoirs dont dispose le juge communautaire est suffisante pour assurer aux justiciables une protection efficace de leurs droits.

Par suite aux accroissements successifs des compétences du Tribunal de première instance(28), le justiciable privé bénéficie d'un double degré de juridiction(29). Les principaux recours directs en annulation, en carence et en responsabilité extracontractuelle permettent au juge communautaire d'assurer une protection des droits tirés par les particuliers des règles communautaires.

La possibilité pour la Cour et le Tribunal de prescrire des mesures provisoires(30) contribue à renforcer, compte tenu de la durée du déroulement de la procédure, l'effectivité de cette protection.

Mais, alors que certains aspects du régime des deux premiers recours, notamment ceux relatifs à la qualité et à l'intérêt pour agir, sont définis par le traité lui-même(31), en matière de responsabilité non contractuelle de la Communauté, l'article 215, alinéa 2, du traité se contente d'indiquer que celle-ci est régie par les « principes généraux communs aux droits des États membres »(32). Les conditions dans lesquelles les mesures provisoires peuvent être ordonnées sont prévues, notamment,

(26) Article 164 Traité CE.

(27) Article 4 Traité CE.

(28) Décisions 93/350 et 94/149, précitées.

(29) Voy. R. MEHDI, « L'aspect européen », in *Justice et double degré de juridiction*, *Justices*, 1996, n° 4, pp. 51-71 ; J. RIDEAU et F. PICOD, « Le pourvoi sur les questions de droit », *R.M.C.*, 1995, pp. 584-601 ; M. GROS, « Le pourvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes », *A.J.D.A.*, 1995, pp. 859-866.

(30) J. RIDEAU et F. PICOD, « Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire », *J.T.-dr. eur.*, 1995, pp. 121-129 ; G. VANDERSANDEN, « Référé », in *Encyclopédie Dalloz – Droit communautaire*, Paris, 1992 ; J.-G. HUGLO, « Le référé », in *Jurisclasseur Europe*, Paris, 1992 et mise à jour 1994, Fasc. 390 ; J.-L. DA CRUZ VILAÇA, « La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II « Diritto dell'union europea », Milano, Giuffrè, 1998, p. 257.

(31) Dans le cas du recours en annulation, les cas d'ouverture sont également prévus ; dans le cas d'annulation et dans celui de constatation de carence, l'article 176 du Traité CE détermine l'obligation de l'institution communautaire concernée.

(32) MM. F. A. SCHOCKWEILER, G. WIVENES et J.-M. GODART écrivent à cet égard : « [s'il peut paraître surprenant qu'un texte normatif confié expressément à une juridiction la charge d'établir des règles de droit, ce procédé, à l'époque de la rédaction du Traité, ne devait pas apparaître comme tellement extraordinaire, étant donné que, dans tous les États membres de la Communauté européenne, le régime de la responsabilité extracontractuelle de la puissance publique était essentiellement d'origine jurisprudentielle ». Voy., leur étude, « Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *Rev. trim.*

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

par l'article 36 du Statut (CE) de la Cour de justice (33), les articles 83 à 90 du règlement de procédure de la Cour (34) et les articles 104 à 110 du règlement de procédure du Tribunal (35).

La compétence en matière préjudicielle, retenue exclusivement par la Cour de justice, permet également, ne fût-ce qu'indirectement, au justiciable privé de se prévaloir de ses droits tirés des règles communautaires.

Le rôle de la juridiction communautaire dans la mise en œuvre des divers recours portés devant elle est décisif. L'orientation jurisprudentielle semble avoir récemment évolué. Pendant les premières décennies, la Cour de justice a interprété les dispositions du traité relatives aux recours directs d'une manière relativement stricte, en privilégiant la saisine des tribunaux nationaux et en accueillant largement les demandes de décisions préjudicielles émanant de ces derniers. En revanche, depuis quelques années, un nombre croissant de renvois préjudiciels est déclaré irrecevable, pour des raisons diverses, et, simultanément, les conditions de recevabilité des recours en annulation et en carence ont été assouplies et la responsabilité extracontractuelle de la Communauté devrait être plus facile à engager.

A. – Le recours en annulation

Dans le cadre de l'annulation, c'est essentiellement l'exclusion d'un recours individuel à l'encontre d'un véritable règlement et l'exigence que, pour être recevable, un particulier autre que le destinataire de l'acte soit directement et individuellement concerné par ce dernier, qui rendaient relativement dérisoires la portée et l'efficacité de cette voie de droit pour le justiciable communautaire.

La condition d'être individuellement concerné par une décision dont le requérant n'est pas le destinataire a été très tôt explicitée par la jurisprudence de la Cour (36).

dr. eur., 1990, pp. 27-74. Voy., également, B. DU BAN, « Les principes généraux communs et la responsabilité de la Communauté », *C.D.E.*, 1977, pp. 397-434.

(33) *J.O.C.E.*, 1988, L 318, p. 1, avec rectificatif *J.O.C.E.*, 1989, L 241, préc., tel que modifié par l'article 19 de l'acte d'adhésion de 1994, ainsi que par les décisions du Conseil 94/993/CE du 22 décembre 1994 (*J.O.C.E.*, 1994, L 379, p. 1) et 95/208/CE du 6 juin 1995 (*J.O.C.E.*, 1995, L 131, p. 33).

(34) 19 juin 1991 (*J.O.C.E.*, L 176, p. 7), avec rectificatifs (*J.O.C.E.*, L 383, 29 décembre 1992, p. 117) et modifications (*J.O.C.E.*, L 44, 28 février 1995, p. 61 et *J.O.C.E.*, L 103, 19 avril 1997, p. 1).

(35) *J.O.C.E.*, 1991, L 136, p. 1, avec rectificatif *J.O.C.E.*, 1991, L 317, p. 34, tel que modifié (*J.O.C.E.*, 1994, L 249, p. 17 ; *J.O.C.E.*, 1995, L 44, p. 64 ; *J.O.C.E.*, 1995, L 172, p. 3 et *J.O.C.E.*, 1997, L 103, p. 6). Voy., également, l'article 111 des Instructions au greffier du Tribunal (*J.O.C.E.*, 1994, L 78, p. 32).

(36) Voy., notamment, J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, « Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du Traité CE) : nouvelles réflexions sur l'expression "la

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Dès 1963, la Cour a considéré que « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que s'ils sont atteints 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 du destinataire » (37).

Pendant longtemps, le caractère normatif et la portée générale du règlement communautaire, son applicabilité à des personnes envisagées d'une manière abstraite et à des situations objectivement déterminées étaient considérés comme antinomiques avec la notion même d'intérêt individuel que doit démontrer un requérant privé dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre un acte réglementaire. Dès l'origine de sa jurisprudence en la matière, la Cour a, en effet, considéré qu'une disposition susceptible de concerner individuellement une personne physique ou morale ne saurait avoir un caractère réglementaire (38).

Il était de jurisprudence constante qu'un véritable règlement « s'applique à des situations déterminées objectivement et qu'il produit des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière abstraite. Il a donc une portée générale au sens de l'article 189, alinéa 2, du traité et ne saurait concerner les requérantes individuellement au sens de l'article 173, alinéa 2, du traité » (39).

Il a été, par ailleurs, précisé que « la nature réglementaire d'un acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer avec plus ou moins de précision le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte, en relation avec la finalité de ce dernier » (40).

La reconnaissance par la jurisprudence de la juridiction communautaire que d'autres actes institutionnels peuvent revêtir certaines caractéristiques que l'on croyait propres au règlement élargit le champ d'exclu-

concernant... individuellement" », in *Mélanges Everling*, Baden-Baden, 1995, Bd. 1, pp. 849-874, spéc. p. 871 ; G. VANDERSANDEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *C.D.E.*, 1995, pp. 535-552, spéc. p. 547.

(37) Arrêt du 15 juillet 1963, *Plauman c. Conseil* (25/62, *Rec.*, p. 197, spéc. p. 223).

(38) Arrêt du 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes c. Conseil* (16 et 17/62, *Rec.*, p. 901, spéc. p. 918, point 2).

(39) Arrêt du 21 novembre 1989, *Usines coopératives de déshydratation du Vexin c. Commission* (C-244/88, *Rec.*, p. 3811, point 13).

(40) Arrêts de la Cour du 11 juillet 1968, *Zuckerfabrik Watenstedt c. Conseil* (6/68, *Rec.*, p. 595, spéc. pp. 605-606) ; du 24 février 1987, *Deutz und Geldermann c. Conseil* (26/86, *Rec.*, p. 941, point 8) ; du 24 novembre 1992, *Josef Buckl & Söhne c. Commission* (C-15/91 et C-108/91, *Rec.*, p. I-6061, point 25) ; arrêt du Tribunal du 7 novembre 1996, *Roquette Frères c. Conseil* (T-298/94, *Rec.*, p. II-1531, point 42).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

sion du recours individuel en annulation. « [L]a notion d'acte normatif au sens de la jurisprudence », a déclaré récemment le Tribunal, « peut s'appliquer à tous les actes visés par l'article 189 et non pas seulement aux règlements » (41). Bien que faite par rapport à l'article 215, alinéa 2, du Traité CE, cette affirmation est également pertinente pour le recours en annulation au titre de l'article 173 du traité.

Ainsi, bien qu'une directive communautaire soit adressée à un ou plusieurs États membres, elle peut constituer, de par sa nature, une mesure de portée normative générale, ce qui la rendrait, conformément à la jurisprudence traditionnelle, insusceptible de recours individuel en annulation. Tel est le cas lorsque les règles qu'elle contient « sont énoncées de manière générale et s'appliquent, par le biais des législations nationales adoptées par les États membres en vue de s'y conformer, à des situations déterminées objectivement et comportent des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite » (42).

Dans l'arrêt *Gibraltar* (43), la Cour a déclaré le recours irrecevable au motif qu'une disposition qui « s'applique... à des situations définies objectivement » (44), contenue dans une directive de « portée générale » (45), participe au « caractère général de cette directive » (46).

Une directive qui ne concerne les requérants qu'en raison de leur qualité objective au même titre que tout autre opérateur économique se trouvant dans une situation identique ne saurait les concerner « individuellement » (47).

Des décisions adressées aux États membres peuvent également avoir une portée normative lorsqu'elles s'appliquent à la généralité des opérateurs économiques intéressés en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par ces décisions en relation avec leur finalité (48). Une

(41) Arrêt du 15 avril 1997, *Aloys Schröder, Jan et Karl-Julius Thamann c. Commission* (T-390/94, *Rec.*, p. II-501, point 54).

(42) Ordonnance du 13 juillet 1988, *Fédération européenne de la santé animale c. Conseil* (160/88 R, *Rec.*, p. 4121, point 28) ; voy., également, arrêt du 29 juin 1993, *Government of Gibraltar c. Conseil* (C-298/89, *Rec.*, p. I-3605) ; ordonnance du 20 octobre 1994, *Asocarne c. Conseil* (T-99/94, *Rec.*, p. II-871), et le rejet du pourvoi par l'ordonnance de la Cour du 23 novembre 1995 (C-10/95 P, *Rec.*, p. I-4151).

(43) Arrêt du 29 juin 1993, *Government of Gibraltar c. Conseil*, précité.

(44) *Ibid.*, point 20.

(45) *Ibid.*, point 19.

(46) *Ibid.*, point 23.

(47) Ordonnances du 7 décembre 1988, *Fédération européenne de la santé animale c. Conseil* (160/88, *Rec.*, p. 6399, point 14) et *Joseph Flourez c. Commission* (138/88, *Rec.*, p. 6394, point 12) ; ordonnance du Tribunal du 29 octobre 1993, *Guna c. Conseil* (T-463/93, *Rec.*, p. II-1205, point 17).

(48) Arrêt du Tribunal du 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills c. Commission* (T-480/93 et 483/93, *Rec.*, p. II-2305, point 65).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

décision adressée à plusieurs États membres peut se présenter « comme une mesure de portée générale qui s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite » (49).

Dès lors, n'est pas individuellement concernée par une décision adressée par la Commission à plusieurs États membres la seule entreprise affectée par celle-ci, car ladite décision la concerne « en raison de sa seule qualité objective d'importatrice des produits visés, au même titre que tout autre opérateur économique se trouvant, actuellement ou potentiellement, dans une situation identique ». Cette décision se présente « à l'égard des importateurs de tels produits, comme une mesure de portée générale qui s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite » (50).

Se référant à la jurisprudence en la matière, le Tribunal a récemment rappelé que l'appartenance des requérants, autres que le destinataire de l'acte attaqué, à un cercle délimité et restreint d'opérateurs peut constituer un élément pertinent susceptible de les individualiser au regard d'un tel acte, dès lors que trois conditions sont cumulativement satisfaites : « En premier lieu, les opérateurs en question doivent se trouver dans une situation qui les caractérise par rapport à tout autre opérateur concerné par l'acte attaqué. En deuxième lieu, le changement de leur situation, élément qui les particularise de façon définitive en formant ledit cercle restreint, doit trouver son origine dans l'adoption de l'acte attaqué. En troisième lieu, l'institution dont émane l'acte attaqué devait avoir l'obligation de tenir compte, lors de l'adoption de l'acte en question, de la situation particulière de ces opérateurs » (51).

S'il est vrai que la Cour a déclaré qu'il serait contraire à sa mission, au titre de l'article 164 du traité, d'« interpréter restrictivement les conditions de recevabilité du recours... » (52) et que « les dispositions du traité concernant le droit d'agir des justiciables ne sauraient être interprétées restrictivement » (53), il convient de remarquer que la première affirmation avait trait à la notion d'acte susceptible de recours en annulation, alors que la seconde concernait la notion d'« autre personne » visée à l'article 173, alinéa 2 (actuellement article 173, alinéa 4), du

(49) Ordonnance du Tribunal du 21 février 1995, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo c. Commission* (T-117/94, *Rec.*, p. II-455, point 24).

(50) Arrêt du 14 juillet 1982, *Spijker Kwasten BV c. Commission* (231/82, *Rec.*, p. 2557, point 9).

(51) Arrêt du Tribunal du 3 juin 1997, *Merck c. Commission* (T-60/96, *Rec.*, p. II-849, point 58).

(52) Arrêts du 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)* (22/70, *Rec.*, p. 263, point 41) et du 11 novembre 1981, *IBM c. Commission* (60/81, *Rec.*, p. 2639, point 8).

(53) Arrêt du 15 juillet 1963, *Plaumann c. Conseil*, précité, spéc. p. 222.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Traité CE. Pourtant, c'est en abordant l'exigence relative à l'intérêt direct et individuel que doit établir un requérant autre que le destinataire de la décision attaquée que le Tribunal de première instance s'est référé à la seconde prise de position par la Cour (54), dans une tentative, à peine dissimulée, d'ouvrir davantage l'accès au prétoire.

Les conséquences découlant de l'impossibilité pour les requérants privés d'attaquer directement un acte communautaire de portée générale sont quelque peu tempérées par la possibilité d'invoquer l'exception d'illégalité, même si la reconnaissance du bien-fondé de celle-ci n'aboutit pas à l'annulation de l'acte en cause.

Un requérant privé est, en effet, en droit d'exciper de l'illégalité d'un règlement, en vertu de l'article 184 du traité, par la voie de l'exception, dans le cadre d'un recours contre une décision susceptible d'être déferée à la juridiction communautaire par un tel requérant. L'acte contre lequel une telle exception d'illégalité peut être dirigée est, selon la jurisprudence de la Cour, tout acte de portée générale susceptible de produire des effets analogues à ceux d'un règlement (55). Puisque certaines directives et décisions communautaires s'apparentent, compte tenu de leur portée et de leurs effets, à un règlement, l'exception d'illégalité pourrait être également soulevée à leur rencontre.

L'exception d'illégalité constitue, selon la Cour, « l'expression d'un principe général assurant à toute partie le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs, constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d'introduire, en vertu de l'article 173 du traité, un recours direct contre ces actes, dont elle subit ainsi les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation » (56).

L'interprétation large de l'article 184 du traité serait justifiée, selon la Cour, par la nécessité d'assurer un contrôle de la légalité en faveur des justiciables dépourvus de la capacité d'introduire un recours en annulation contre un acte de portée générale au moment de l'application de ce dernier (57).

(54) Arrêts du 6 juillet 1995, *AITEC c. Commission* (T-447/93, *Rec.*, p. II-1971, point 34) et du 11 juillet 1996, *Métropole Télévision c. Commission* (T-528/93, T-542/93 et T-546/93, *Rec.*, p. II-649, point 60).

(55) Arrêt du 6 mars 1979, *Simmenthal c. Commission* (92/78, *Rec.*, p. 777, point 40).

(56) *Ibid.*, point 39. Voy., également, arrêt du 19 janvier 1984, *Kirsten Andersen c. Parlement européen* (262/80, *Rec.*, p. 195, point 6).

(57) Arrêt du 6 mars 1979, *Simmenthal* (préc., point 41). Le Tribunal a rappelé que « l'article 184 du traité, qui a pour but de protéger le justiciable contre l'application d'un règlement illégal, n'opère aucune distinction entre les actes arrêtant une réglementation provisoire ou définitive. Il s'ensuit que la possibilité de soulever l'exception prévue à l'article 184 ne saurait

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Cependant, l'article 184 du traité ne constitue pas une voie de droit autonome. Le droit des justiciables d'invoquer l'inapplicabilité d'un acte communautaire de portée générale à l'occasion d'un recours introduit devant la juridiction communautaire ne peut s'exercer que d'une manière incidente (58). Dès lors que le recours principal est déclaré irrecevable, l'exception d'illégalité soulevée à l'occasion du recours est nécessairement écartée (59).

En application de cette jurisprudence, le Tribunal a déclaré irrecevable une exception d'illégalité dirigée à l'encontre d'une décision de la Commission, que la requérante avait omis d'attaquer en annulation dans le délai prévu à l'article 173 du traité (60). Compte tenu des répercussions regrettables découlant de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle un renvoi préjudiciel en appréciation de validité est irrecevable lorsque la partie intéressée n'a pas saisi la juridiction communautaire d'un recours en annulation contre l'acte contesté, il aurait été préférable de rejeter, en l'espèce, l'exception d'illégalité au motif qu'elle était invoquée à l'encontre d'une décision individuelle, et non pas d'une mesure de portée générale (61).

La jurisprudence de la Cour reconnaît qu'un règlement peut contenir des dispositions de caractère décisoire. Par exemple, elle a déclaré que, « si un acte qualifié de règlement par son auteur contient des dispositions qui sont de nature à concerner certaines personnes physiques ou morales d'une manière non seulement directe, mais aussi individuelle, il faut admettre qu'en tout état de cause, et sans préjudice de la question de savoir si cet acte considéré dans son ensemble peut être qualifié à juste titre de règlement, ces dispositions n'ont pas un caractère réglementaire et peuvent, partant, être attaquées par ces personnes aux termes de l'article 173, alinéa 2 » (62). Elle admet, en effet, « qu'un acte, tout en ayant dans son ensemble un caractère réglementaire, contient

être limitée aux seuls actes comportant une réglementation définitive », arrêt du 27 octobre 1994, *Bernard Chavane de Dalmassy c. Commission* (T-64/92, *Rec.*, p. II-723, point 43).

(58) *Voy.*, p. ex., arrêt du 16 juillet 1981, *Renato Albini c. Conseil et Commission* (33/80, *Rec.*, p. 2141, point 17) ; arrêt du 7 juillet 1987, *L'Étoile commerciale et Comptoir national technique agricole (CNTA) c. Commission* (89 et 91/86, *Rec.*, p. 3005, point 22) ; ordonnance du 9 juillet 1993, *Donatab c. Commission* (C-64/93, *Rec.*, p. I-3595, point 19).

(59) *Renato Albini c. Conseil et Commission*, précité ; *L'Étoile Commerciale et CNTA c. Commission*, précité ; *Donatab c. Commission*, précitée, point 20 ; arrêt du Tribunal du 22 octobre 1996, *Comité des salines de France c. Commission* (T-154/94, *Rec.*, p. II-1377).

(60) Arrêt du 13 septembre 1995, *TWD Textilwerke Deggendorf c. Commission* (T-244/93 et T-486/93, *Rec.*, p. II-2265, point 103).

(61) Dans ce sens, G. VANDERSANDEN, « Examen de jurisprudence : contentieux communautaire », *J.T.-dr. eur.*, 1996, pp. 169-180, spéc. p. 175, point 23.

(62) Arrêt du 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes c. Conseil* (16 et 17/62, *Rec.*, p. 901, spéc. p. 918).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

des mesures qui s'adressent à des personnes déterminées » (63). En outre, un recours individuel ne pouvait être déclaré recevable que si le règlement attaqué n'était qu'une décision déguisée ou constituait un faisceau de décisions individuelles (64).

Dans le cadre du régime général du recours en annulation, l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Codorniu* (65) a ouvert la voie pour la reconnaissance d'un intérêt individuel du justiciable dans une disposition réglementaire. La Cour a, en effet, considéré qu'une telle disposition qui, de par sa nature et sa portée, revêt un caractère normatif et s'applique à la généralité des opérateurs économiques intéressés, pourrait, néanmoins, concerner individuellement certains d'entre eux (66). Selon F. Schockweiler, « [d]u fait que cet arrêt se borne à constater l'atteinte à un droit acquis et peut-être même à une situation de fait légalement acquise, on peut déduire que la Cour a abandonné l'idée que l'opérateur économique admis à agir ait pu ou dû être connu par l'institution communautaire, tout comme celle que la disposition réglementaire doit pouvoir s'analyser à l'égard du requérant comme recouvrant en fait une décision individuelle » (67).

Dans l'arrêt *Roquette Frères* (68), le Tribunal, en se référant à l'arrêt *Codorniu*, considère que la nature et la portée générale d'une disposition réglementaire n'excluent pas pour autant qu'une personne physique ou morale puisse en être concernée individuellement.

D'une autre décision rendue par le Tribunal (69), et confirmée par la Cour de justice (70), il ressort que, pour qu'un particulier puisse être considéré comme individuellement concerné par une disposition réglementaire, cette dernière doit affecter le requérant dans ses « droits spécifiques ».

Par exemple, si les requérants dans l'affaire *Weber* n'ont pas été reconnus comme « individuellement concernés » par un règlement « indistinctement applicable à tous les producteurs... abstraction faite

(63) Arrêt du 13 mars 1968, *Industrie Molitoria Imolese c. Conseil* (30/67, *Rec.*, p. 171, spéc. p. 181).

(64) Voy., p. ex., arrêts du 13 mai 1971, *NV International Fruit Company c. Commission* (41-44/70, *Rec.*, p. 411, point 21), et du 6 novembre 1990, *Weddel c. Commission* (C-354/87, *Rec.*, p. I-3847, point 23) ; arrêt du Tribunal du 11 décembre 1996, *Comafrika c. Commission* (T-70/94, *Rec.*, p. II-1741, points 40 et 41).

(65) Arrêt du 18 mai 1994, *Codorniu c. Conseil* (C-309/89, *Rec.*, p. I-1853).

(66) *Ibid.*, point 19. Ce qui était une hérésie sauf dans des domaines particuliers tels que l'antidumping.

(67) Voy., son article, « L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire », *J.T.-dr. eur.*, 1996, pp. 1-8, spéc. p. 5.

(68) Arrêt du Tribunal du 7 novembre 1996, *Roquette Frères c. Conseil* (préc., point 37).

(69) Ordonnance du 20 octobre 1994, *Asocarne c. Conseil* (préc., point 20).

(70) Ordonnance du 23 novembre 1995, *Asocarne c. Conseil* (préc., point 43).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

de la situation spécifique de certains producteurs » (71), c'est précisément parce que « leur situation juridique n'était pas différente de celle de tous les autres producteurs communautaires visés par ledit règlement » (72) et qu'ils n'ont pas été à même d'établir qu'ils étaient « lésés dans des droits spécifiques dans une mesure telle qu'ils doivent être considérés comme individuellement concernés » (73).

De même, dans l'affaire *Terres Rouges Consultant* (74), le Tribunal a rejeté la prétention des requérants d'être individuellement concernés par un règlement communautaire au motif que ce dernier « ne vise ni n'affecte spécifiquement » leur situation (75).

Il n'est pas certain, cependant, que la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Codorniu* signifie qu'une disposition réglementaire puisse, en tant que telle, concerner un requérant privé individuellement. Une certaine ambiguïté à cet égard demeure. En effet, dans l'arrêt *Codorniu*, la Cour a tenu à rappeler que l'article 173 du traité « subordonne l'introduction d'un recours en annulation d'un règlement par une personne physique ou morale à la condition que les dispositions visées par le recours soient, en réalité, une décision la concernant directement et individuellement » (76).

Dans l'arrêt *Antillean Rice Mills* (77), le Tribunal a déclaré que « [l]a constatation dans le cadre d'un recours en annulation qu'un requérant est individuellement concerné par l'acte reproché [implique] que ledit acte constitue à cet égard une décision pour le requérant en cause » (78).

(71) Arrêt du Tribunal du 10 juillet 1996, *Weber c. Commission* (T-482/93, *Rec.*, p. II-609, point 66).

(72) *Ibid.*, point 69.

(73) *Ibid.*

(74) Arrêt du Tribunal du 9 avril 1997, *Terres Rouges Consultant c. Commission* (T-47/95, *Rec.*, p. II-481).

(75) *Ibid.*, point 55.

(76) Précité, point 17. Il convient de noter, cependant, que, dans l'arrêt *Sofrimport*, la Cour a reconnu que la requérante étant individuellement concernée par le règlement litigieux sans pour autant qualifier ce dernier de décision (arrêt du 26 juin 1990, *Sofrimport c. Commission*, C-152/88, *Rec.*, p. I-2477, points 10-13). Doit-on admettre, comme le fait le Tribunal, que cette reconnaissance signifie qu'aux fins du recours en annulation, le règlement en cause était considéré comme une décision et qu'il a maintenu en même temps sa qualité d'acte normatif dans le cadre du recours en indemnité ? (arrêt du 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills*, préc., point 183).

(77) Arrêt du 14 septembre 1995, précité. Voy. le commentaire de D. WAELBROECK et D. FOSSELAND, *Comm. M.L.Rev.*, 1996, p. 811.

(78) *Ibid.*, point 183. Toutefois, dans le même arrêt, se référant à l'arrêt *Codorniu*, le Tribunal considère que, « dans le cadre d'un recours en annulation, il est de jurisprudence déjà bien établie de la Cour qu'un acte qui, par sa nature et sa portée, a un caractère normatif, en ce qu'il s'applique à la généralité des opérateurs économiques intéressés, peut concerner individuellement certains d'entre eux » (point 185). Pourtant, dans l'arrêt du 15 décembre 1994, *Unifruit Hellas c. Commission* (T-489/93, *Rec.*, p. II-1205), le Tribunal estime que, selon une jurisprudence constante, la recevabilité d'un recours en annulation formé par un particulier

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

La même approche a été suivie par le Tribunal dans l'arrêt *Vereniging Van Exporteurs in Levende Varkens* (79), dans lequel il a reconnu que, dans certaines circonstances, un acte normatif peut concerner individuellement certains opérateurs économiques. « [D]ans une telle hypothèse », a-t-il déclaré, « un acte communautaire pourrait alors à la fois revêtir un caractère normatif et, à l'égard de certains opérateurs économiques intéressés, un caractère décisionnel » (80). Cette même position a été réitérée dans les arrêts *Terres Rouges Consultant* (81) et *Merck* (82). Il ne s'agit, donc, ni de la requalification de l'acte, ni de la possibilité pour une disposition réglementaire de concerner « individuellement » un particulier, mais de la reconnaissance du caractère caméléonesque de l'acte (83).

À la lumière des arrêts les plus récents, on peut soutenir que, pour être individuellement concerné par une mesure normative de portée générale ou par une décision adressée à une personne autre que la requérante, il faut non seulement que cette dernière appartienne à un cercle restreint et fermé de personnes identifiées ou identifiables au moment de l'adoption de l'acte attaqué, mais aussi que l'institution auteur de ce dernier ait eu l'obligation, « en vertu de dispositions spécifiques, de tenir compte des conséquences de l'acte qu'elle envisage d'adopter sur la situation de certains particuliers » (84) ou de la situation particulière de certains produits (85). Pour être individuellement concernée, la requérante doit être atteinte en ses « droits spécifiques » ou, du moins, démontrer l'existence de « circonstances spécifiques » (86).

est subordonnée « à la condition que l'acte attaqué, même s'il a été pris sous l'apparence d'un règlement, constitue, en réalité, une décision qui concerne le requérant directement et individuellement » (point 20), et reconnaît cependant que « des opérateurs puissent être considérés comme individuellement concernés par un acte de portée générale adopté par une institution communautaire » (point 21).

(79) Arrêt du 13 décembre 1995, *Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens c. Commission* (T-481/93 et T-484/93, *Rec.*, p. II-2941).

(80) *Ibid.*, point 50.

(81) Arrêt du 9 avril 1997, précité, point 43.

(82) Arrêt du 3 juin 1997, précité, point 40.

(83) Il convient de relever que, dans l'arrêt *Hedley Lomas*, le Tribunal a admis, sans discussion, qu'une requérante privée était directement et individuellement concernée par une disposition contenue dans un règlement d'exécution de la Commission (arrêt du 9 juillet 1997, T-455/93, *Rec.*, p. II-2941, point 28). De même, la question de la recevabilité du recours en annulation introduit par *Opel Austria* à l'encontre d'un règlement du Conseil n'a même pas été évoquée (arrêt du Tribunal du 22 janvier 1997, T-115/94, *Rec.*, p. II-39).

(84) Arrêt du 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills* (préc., point 67).

(85) Arrêt du 15 décembre 1994, *Unifruit Hellas* (préc., point 25).

(86) Arrêt du Tribunal du 5 novembre 1997, *Établissements J. Richard Ducros c. Commission* (T-149/95, *Rec.*, p. II-2031, point 34).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Ce sont ces considérations qui, selon le Tribunal, expliquent la décision de la Cour dans l'affaire *Sofrimport*, dans laquelle elle a reconnu que la requérante était individuellement concernée par le règlement de la Commission (87), et dans l'affaire *Piraiki-Patraiki*, dans laquelle a été établi l'intérêt individuel de la requérante dans une décision adressée par la Commission à une autre personne (88).

Pour être directement concernée par un règlement ou par un acte adressé à une personne autre que la requérante, celle-ci doit démontrer qu'aucune mesure adoptée dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne s'interpose entre elle et l'acte attaqué. L'existence d'une marge d'appréciation dans le chef de l'autorité, communautaire ou nationale, pour la mise en œuvre de l'acte litigieux rompt le lien direct entre ce dernier et la requérante (89).

Depuis quelques années, la jurisprudence de la Cour et du Tribunal a quelque peu assoupli cette exigence. Dès lors que l'adoption de la mesure prise en exécution de l'acte communautaire en cause ne fait l'objet d'aucun doute, la requérante pourrait être considérée comme directement concernée par ce dernier (90). Dans un cas où un ensemble de facteurs démontre la volonté ou la « ferme intention » (91) de l'État destinataire de la décision de donner application à cette dernière de sorte que la possibilité de ne pas le faire était « purement théorique », l'intérêt direct de la requérante ne saurait être contesté (92). Rappelant la jurisprudence en la matière, le Tribunal a souligné que, « lorsqu'il ne

(87) Arrêt du 26 juin 1990, *Sofrimport* (préc., points 11-13). La Cour a, en effet, souligné que la Commission était tenue de tenir compte de la « situation particulière » des produits en cause et a retenu le fait que les importateurs, tels que la requérante, s'étaient vu conférer « une protection spécifique » (*ibid.*, points 11 et 12).

(88) Arrêt du 17 janvier 1985, *SA Piraiki-Patraiki c. Commission* (11/82, *Rec.*, p. 207, points 21, 28 et 31).

(89) Voy., p. ex., arrêt du 13 mai 1971, *International Fruit Company c. Commission* (41-44/70, *Rec.*, p. 411) : « que l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement n° 459/70... laisse clairement apparaître que les autorités nationales ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la délivrance des titres (d'importation) et aux conditions auxquelles il est donné suite aux demandes des intéressés », *ibid.*, point 25 ; arrêt du 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills* (préc., point 63) ; arrêt du 11 décembre 1996, *Comafrika* (préc., point 42) : « le Tribunal note également que la Commission n'a pas contesté l'affirmation des requérantes qu'elles sont en outre directement concernées par le règlement n° 3190/93, parce que celui-ci ne laisse aux États membres aucune marge d'appréciation en ce qui concerne la délivrance des certificats d'importation ».

(90) Arrêt du Tribunal du 22 octobre 1996, *Foreningen af Jernskibs- og Maskinbyggerier i Danmark, Skibsværftforeningen c. Commission* (T-266/94, *Rec.*, p. II-1399, point 49).

(91) Arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, *Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques et de soie naturelle (AIUFFASS) c. Commission* (T-380/94, *Rec.*, p. II-2169, point 47).

(92) Arrêt du 17 janvier 1985, *Piraiki-Patraiki* (préc., points 7-10). Voy., également, arrêts du Tribunal du 27 avril 1995, *Association of Sorbitol Producers within the EC (ASPEC) c. Commission* (T-435/93, *Rec.*, p. II-1281, points 60-61) et *Association des amidonneries de céréales de la CEE (AAC) c. Commission* (T-442/93, *Rec.*, p. II-1329, points 45-46).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

fait aucun doute que les autorités nationales veulent agir dans un certain sens, la possibilité qu'elles ne profitent pas de la faculté offerte par la décision de la Commission apparaît comme purement théorique de sorte que la requérante peut être directement concernée » (93). L'absence de toute marge d'appréciation lors de la mise en œuvre de l'acte contesté conduit à reconnaître l'intérêt direct de la requérante (94).

Dans l'hypothèse où l'éventualité d'une mesure d'exécution de l'acte litigieux ne se présenterait pas, une requérante est directement concernée par ce dernier lorsqu'elle est lésée directement (95) et qu'il existe « un lien de causalité directe entre la décision en cause et la position concurrentielle de la requérante » (96).

L'ouverture du prétoire aux personnes privées se confirme également en matière du recours en carence.

B. – Le recours en carence

Aux termes de l'article 175 du Traité CE, toute personne physique ou morale peut saisir la Cour de justice en vue de faire constater que l'une des institutions de la Communauté, en violation du traité, a manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis. Un tel recours n'est recevable que si l'institution en cause n'a pas pris position, dans un délai de deux mois, sur l'invitation à agir qui lui a été adressée.

Pour les particuliers, le recours en carence n'a qu'une portée limitée. Seul le destinataire potentiel (97) d'un acte que le Conseil, la Commission ou le Parlement européen s'abstiennent de lui adresser (98) peut saisir la Cour de justice, et ce, à la double condition que l'institution communautaire soit tenue par une obligation d'agir et qu'ayant été mise en demeure, cette institution n'ait pas, dans un délai de deux mois, pris position au sujet de l'invitation à agir qui lui était adressée.

(93) Arrêt du 12 décembre 1996, *AIUFFASS* (préc., point 46). C'est, p. ex., pour cette raison que la Cour a reconnu que la requérante était directement concernée par une décision adressée par la Commission à l'État membre, dès lors que les autorités de ce dernier avaient indiqué à la requérante le comportement qu'elles adopteraient à son égard dès la réception de la décision de la Commission (arrêt du 23 novembre 1971, *Bock c. Commission*, 62/70, *Rec.*, p. 897, points 7-8).

(94) *Voy.*, p. ex., arrêt du 11 décembre 1996, *Comafrika* (préc., point 42).

(95) Arrêt du 28 octobre 1982, *Groupement des Agences de voyages c. Commission* (135/81, *Rec.*, p. 3799, point 7).

(96) Arrêt du 11 juillet 1996, *Métropole Télévision* (préc., point 64).

(97) Arrêt du 10 juin 1982, *Lord Bethell c. Commission* (246/81, *Rec.*, p. 2277, point 16).

(98) La Cour a considéré que « la notion d'acte pouvant donner lieu à recours est identique dans les articles 173 et 175, les deux dispositions ne formant que l'expression d'une seule et même voie de droit », arrêt du 18 novembre 1971, *Chevalley c. Commission* (15/70, *Rec.*, p. 975, point 6).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

La lettre de mise en demeure doit revêtir un caractère « péremptoire ou comminatoire » (99). Une lettre qui se réfère expressément à l'article 175 du Traité CE, invitant l'institution concernée sans ambiguïté à agir, constitue une mise en demeure régulière (100). L'objet de la saisine formelle de l'institution doit être précisé de manière à faire apparaître la décision que cette dernière aurait dû prendre en vertu du droit communautaire (101). La lettre de mise en demeure doit indiquer qu'elle constitue l'acte préliminaire à l'engagement de la procédure contentieuse et être rédigée de façon à permettre à l'institution en cause de connaître les mesures concrètes qu'elle est invitée à prendre (102). La mise en demeure doit avoir lieu dans un « délai raisonnable » à partir du moment où il apparaît clairement que l'institution concernée a décidé de ne pas agir (103).

Lorsque l'institution invitée à agir a pris position, dans un délai de deux mois, au sujet de la demande qui lui a été adressée, le recours en carence est irrecevable (104).

Lorsque la prise de position de l'institution invitée à agir consiste en un refus explicite, le demandeur pourrait, dans certaines circonstances, saisir la juridiction communautaire d'un recours en annulation contre l'acte ainsi adopté (105). La nature de ce dernier doit être appréciée en fonction de la nature de la demande à laquelle il constitue une réponse (106).

« Dans certaines circonstances, un acte qui n'est pas, lui-même, susceptible de recours en annulation, peut toutefois constituer une prise de position mettant fin à la carence, s'il constitue le préalable nécessaire au déroulement d'une procédure devant déboucher sur un acte juridique lui-même susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, dans les conditions prévues à l'article 173 du traité » (107).

(99) Arrêt du 13 juillet 1961, *Raymond Elz c. Haute Autorité* (22 et 23/60, *Rec.*, p. 357, spéc. p. 375).

(100) Arrêt du 18 septembre 1992, *Asia Motor France c. Commission* (T-28/90, *Rec.*, p. II-2285, point 28).

(101) Arrêt du 6 mai 1986, *Nuovo Campsider c. Commission* (25/85, *Rec.*, p. 1531, point 8).

(102) *Ibid.*

(103) Arrêt du 6 juillet 1971, *Pays-Bas c. Commission* (59/70, *Rec.*, p. 639, point 19).

(104) Arrêt du 1^{er} mars 1966, *Alfons Lütticke c. Commission* (48/65, *Rec.*, p. 27, spéc. p. 39). Voy., également, arrêt du 13 juillet 1971, *Deutscher Komponistenverband c. Commission* (8/71, *Rec.*, p. 705, point 3). Est incompréhensible la déclaration de la Cour selon laquelle « un refus d'agir, si explicite soit-il, peut être déféré à la Cour sur la base de l'article 175, dès lors qu'il ne met pas fin à la carence » (arrêt du 27 septembre 1988, *Parlement c. Conseil*, 302/87, *Rec.*, p. 5615, point 17).

(105) Arrêt du 26 novembre 1996, *T. Port* (C-68/95, *Rec.*, p. I-6065, point 61).

(106) Arrêts du 8 mars 1972, *Nordgetreide c. Commission* (42/71, *Rec.*, p. 105, point 5) et du 24 novembre 1992, *Josef Buckl c. Commission* (C-15/91 et C-108/91, *Rec.*, p. I-6061, point 22).

(107) Arrêt du Tribunal du 27 juin 1995, *Guérin Automobiles c. Commission* (T-186/94, *Rec.*, p. II-1753, point 25). Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par l'arrêt de la Cour du 18 mars 1997, *Guérin Automobiles c. Commission* (C-282/95 P, *Rec.*, p. I-1503).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Et la Cour d'expliquer que, si cet « acte préparatoire » (108) n'est pas suivi, dans un « délai raisonnable, d'une décision définitive », la requérante pourra se prévaloir des dispositions de l'article 175 du traité pour introduire un recours en carence (109).

Lorsque l'institution invitée à agir s'est abstenue de prendre position au sujet de la demande qui lui a été adressée, le recours doit être introduit devant la Cour dans un délai de quatre mois à partir de la date de la lettre de mise en demeure (110).

Ainsi que le Tribunal l'a souligné, il découle des termes mêmes de l'article 175 du Traité CE que, « pour être recevable dans son recours en carence, une personne physique ou morale doit établir qu'elle est le destinataire potentiel d'un acte que la Commission serait obligée de prendre à son égard » (111). La Cour a, en effet, constaté qu'un recours en carence n'est recevable que lorsque le requérant est en mesure d'établir que l'institution, dûment mise en demeure « a manqué de prendre à son égard un acte auquel il pouvait légalement prétendre en vertu du droit communautaire » (112).

Pour cette raison, une personne privée ne saurait introduire un recours en carence lorsque l'objet est de condamner l'institution invitée à adopter un règlement ou une proposition faisant partie intégrante de la procédure d'élaboration dudit règlement (113) ou une décision adressée aux États membres (114).

Le Tribunal a, toutefois, examiné la question de savoir dans quelle mesure un recours en carence introduit par une personne privée pouvait être recevable au motif que l'acte que la Commission a prétendument omis d'adopter l'aurait individuellement et directement concernée (115) et a conclu que les particuliers ne sauraient mettre la Commission en demeure d'adopter une décision ou une directive adressée aux États membres (116).

(108) Arrêt du 18 mars 1997, *Guérin Automobiles* (préc., point 34).

(109) *Ibid.*, point 38.

(110) Arrêt du 11 mars 1996, *Guérin Automobiles* (préc., point 18).

(111) Arrêt du 22 mai 1996, *ATEC* (préc., point 58).

(112) Arrêt du 10 juin 1982, *Lord Bethell* (préc., point 13).

(113) Arrêt du 15 janvier 1974, *Holtz & Willemsen c. Conseil* (134/73, *Rec.*, p. 1, point 5).

(114) Arrêt du 26 octobre 1971, *Mackprang c. Commission* (15/71, *Rec.*, p. 797, point 4).

(115) Arrêt du Tribunal du 27 octobre 1994, *Ladbroke Racing c. Commission* (T-32/93, *Rec.*, p. II-1015, points 41-43).

(116) *Ibid.*, point 45. Notons également que, dans un arrêt, la Cour a constaté qu'« en demandant à la Commission d'ouvrir une procédure en application de l'article 169, la requérante sollicite en réalité l'adoption d'actes qui ne la concerneraient pas directement et individuellement au sens de l'article 173, alinéa 2, et que, en tout état de cause, elle ne pourrait donc pas attaquer par la voie du recours en annulation », arrêt du 14 février 1989, *Star Fruit Company c. Commission* (247/87, *Rec.*, p. 291, point 13).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

La carence est constituée dès lors que l'institution concernée s'est abstenue de statuer ou de prendre position au sujet de l'invitation à agir qui lui était adressée (117). Seule une abstention en cas d'obligation d'agir est susceptible d'être considérée comme une carence au sens de l'article 175 du traité (118). Il appartient, en effet, à la Cour de constater la violation du traité que constitue le fait, pour l'institution concernée, de s'abstenir de statuer dans une situation où cette dernière y était tenue (119). Par ailleurs, l'acte dont la non-adoption est reprochée doit être « suffisamment individualisé » (120).

Dès lors qu'en cours d'instance l'institution a pris position au sens de l'article 175 du traité, le recours devient, de ce fait, sans objet, et le Tribunal prononce le non-lieu à statuer (121). Par ailleurs, lorsque l'institution mise en demeure prend position après l'expiration du délai de deux mois, mais avant l'introduction du recours, le Tribunal déclare parfois que le recours est irrecevable (122) et, parfois, qu'il n'y a pas lieu de statuer (123), alors que, dans les mêmes circonstances, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de statuer (124). La raison en est qu'en présence d'un arrêt constatant l'abstention initiale, l'institution concernée ne serait pas en mesure de prendre, comme l'oblige l'article 176 du traité, les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt, de sorte que le recours est devenu sans objet (125).

Amorcée dans des circonstances particulières (126), une solution favorable aux personnes privées a été récemment consacrée par la jurisprudence. Alignant la condition du requérant dans le cadre du recours en carence sur celle du requérant en annulation, la Cour admet qu'outre le destinataire de la décision que l'institution a omis d'adopter, toute personne qui aurait été individuellement et directement concernée par une telle décision si elle avait été prise est recevable à introduire un recours en carence (127). Elle considère désormais que « [l]a possibilité

(117) Arrêt du 13 juillet 1971, *Deutscher Komponistenverband* (préc., point 2) ; arrêt du 15 décembre 1988, *Irish Cement c. Commission* (166 et 220/86, *Rec.*, p. 6473, point 17) ; arrêt du 22 mai 1996, *AITEC* (préc., point 65).

(118) Arrêt du Tribunal du 24 janvier 1995, *Ladbroke Racing c. Commission* (T-74/92, *Rec.*, p. II-115, point 39).

(119) Arrêt du 22 mai 1985, *Parlement c. Conseil* (13/83, *Rec.*, p. 1513, point 48).

(120) *Ibid.*, point 36.

(121) Arrêts du Tribunal du 27 octobre 1994, *Ladbroke Racing* (préc., point 22), et du 10 juillet 1997, *Guérin Automobiles* (T-38/96, *Rec.*, p. II-1223, points 31-34).

(122) Arrêt du 1^{er} avril 1993, *Pesqueras Echebaster c. Commission* (C-25/91, *Rec.*, p. I-1719, point 11).

(123) Arrêt du 18 septembre 1992, *Asia Motor France* (préc., points 35-38).

(124) Arrêt du 24 novembre 1992, *Buckl* (préc., point 16).

(125) *Ibid.*, points 14-15 ; arrêt du 18 septembre 1991, *Asia Motor France* (préc., points 35-38).

(126) Arrêt du 16 février 1993, *ENU c. Commission* (C-107/91, *Rec.*, p. I-599).

(127) Arrêt du 26 novembre 1996, *T. Port*, précité.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

pour les particuliers de faire valoir leurs droits ne saurait en effet dépendre de l'action ou de l'inaction de l'institution visée » (128).

C. – Le recours en indemnité

L'action en indemnité peut être intentée par toute personne ayant subi un dommage du fait de la violation du droit communautaire par une des institutions de la Communauté, dans un délai de cinq ans, à compter de la survenance du fait dommageable.

Lorsque le fait générateur du préjudice consiste en l'adoption, dans l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire, d'une mesure normative de politique économique, la responsabilité de la Communauté ne saurait être engagée qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers (129). Le caractère suffisamment caractérisé de la violation résulte d'une méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à l'exercice d'un tel pouvoir (130).

Dans les arrêts *Koninklijke Scholten-Honig* (131) et *Asylum* (132), la Cour semble exiger, en outre, que le comportement de l'institution communautaire en cause confine à l'arbitraire (133). Exerçant les fonctions d'avocat général dans l'affaire *Stahlwerke Peine-Salzgitter* (134), le juge Biancarelli a considéré que cette exigence n'était qu'« un simple incident de parcours » (135). Dans l'arrêt rendu par la Cour, sur pourvoi formé par la Commission contre l'arrêt du Tribunal, elle a remarqué que « la notion d'arbitraire... ne permet pas de considérer que la constatation

(128) *Ibid.*, point 59.

(129) Arrêt du 2 décembre 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Conseil* (5/71, *Rec.*, p. 975, point 11).

(130) Voy., p. ex., arrêts du 25 mai 1978, *Bayerische HNL c. Commission* (83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, *Rec.*, p. 1209, points 4-6), et du 4 octobre 1979, *Dumortier Frères c. Conseil* (64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, *Rec.*, p. 3091, point 9). Bien que la jurisprudence de la Cour ne fasse pas une telle distinction, celle du Tribunal, en revanche, considère que si l'acte, prétendument générateur du préjudice, revêt un caractère normatif, la reconnaissance de la responsabilité de la Communauté est subordonnée à la violation d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers. Si l'acte normatif en cause a été adopté dans l'exercice d'un large pouvoir d'appréciation, cette responsabilité ne saurait être engagée qu'en cas de violation caractérisée. Voy., p. ex., arrêts du 15 avril 1997, *Aloys Schröder, Jan et Karl-Julius Thamann c. Commission* (préc., point 52), et du 11 juillet 1997, *Oleifici Italiani c. Commission* (T-267/94, *Rec.*, p. II-1239, point 22).

(131) Arrêt du 5 décembre 1979, *Koninklijke Scholten-Honig c. Conseil et Commission* (143/77, *Rec.*, p. 3583).

(132) Arrêt du 5 décembre 1979, *Asylum c. Conseil et Commission* (116 et 124/77, *Rec.*, p. 3497).

(133) Points 16 et 19 respectivement.

(134) Arrêt du Tribunal du 27 juin 1991, *Stahlwerke Peine-Salzgitter c. Commission* (T-120/89, *Rec.*, p. II-279).

(135) *Ibid.*, p. II-343.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

d'un comportement confinant à l'arbitraire constitue une condition et une formulation nécessaires pour que la responsabilité de la Communauté puisse, dans le cadre du traité CEE, être engagée selon la jurisprudence de la Cour » (136).

Se référant au régime de la responsabilité de la puissance publique du fait des actes normatifs opérant des choix de politique économique dans les États membres, la Cour a constaté que ce n'est « qu'exceptionnellement et dans des circonstances singulières » que la responsabilité de l'État est engagée (137). Elle a estimé que « cette conception restrictive s'explique par la considération que le pouvoir législatif, même là où existe un contrôle juridictionnel sur la validité de ses actes, ne doit pas être entravé dans ses dispositions par la perspective d'actions en dommages-intérêts chaque fois qu'il est dans le cas de prendre, dans l'intérêt général, des mesures susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers » (138). La Cour en tire la conséquence que, « dans les domaines relevant de la politique de la Communauté en matière économique, il peut être exigé du particulier qu'il supporte, dans des limites raisonnables, sans pouvoir se faire indemniser par les fonds publics, certains effets préjudiciables à ses intérêts économiques engendrés par un acte normatif, même si celui-ci est reconnu non valide » (139). Comme on le verra, l'une des conséquences de l'arrêt de la Cour dans les affaires *Brasserie du Pêcheur et Factortame* (140) consisterait dans l'assouplissement des conditions requises pour obtenir réparation en cas de préjudice causé par la violation du traité par une institution communautaire.

Lorsqu'elle retient la responsabilité de la Communauté et la condamne à réparer le dommage causé, la Cour fait référence « aux principes communs aux droits des États membres » et constate qu'une demande de paiement d'intérêts moratoires est généralement admissible (141). Elle décide que l'obligation de payer des intérêts moratoires

(136) Arrêt du 18 mai 1993, *Stahlwerke Peine-Salzgitter* (préc., point 51). Notons, cependant, que la notion d'« arbitraire » a réapparu dans les arrêts rendus par le Tribunal dans l'affaire *Nölle c. Conseil et Commission* (arrêt du 18 septembre 1995, T-167/94, *Rec.*, p. II-2593, point 87) et dans l'affaire *Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens* (arrêt du 13 décembre 1995, préc., point 128).

(137) Arrêt du 25 mai 1978, *Bayerische HNL* (préc., point 4).

(138) *Ibid.*, point 5.

(139) *Ibid.*, point 6.

(140) Arrêt du 5 mars 1996 (C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, p. I-1029).

(141) Arrêts du 4 octobre 1979, *Dumortier Frères c. Conseil* (préc., point 23) ; du 18 mai 1983, *Pauls Agriculture c. Conseil et Commission* (256/81, *Rec.*, p. 1707, point 17) ; du 26 juin 1990, *Sofrimport* (préc., point 32). Voy. A. VAN CASTEREN, « Article 215 (2) EC and the question of interest », in HEUKELS et McDONNELL (éd.), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague, 1997, pp.199-216.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

naît à partir du prononcé de l'arrêt reconnaissant la responsabilité de la Communauté, et fixe elle-même le taux applicable (142).

D. – L'octroi des mesures provisoires

Une protection juridictionnelle effective comporte, pour le justiciable, la possibilité d'obtenir des mesures provisoires (143). L'octroi de telles mesures vise à « prévenir l'imminence d'un préjudice grave et irréparable » (144), à « garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir » (145) et « répond à un souci simple et impérieux : protéger les intérêts pressants » (146). Pour ces raisons, l'article 186 du Traité CE reconnaît la compétence de la juridiction communautaire, dans les affaires dont elle est saisie, pour prescrire les mesures provisoires nécessaires. Comme l'a constaté R. Joliet, « la nature des mesures provisoires qui peuvent être ordonnées au titre de l'article 186 n'a pas encore émergé du halo d'incertitude qui l'entoure » (147).

En outre, puisque les recours formés devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance n'ont pas d'effet suspensif (148), l'article 185 du Traité CE prévoit que « la Cour de justice peut, si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ». Cependant, un sursis à l'exécution d'une décision de refus ne saurait, en principe, être accordé (149).

La compétence de la Cour pour ordonner le sursis à exécution et pour prescrire toutes mesures provisoires nécessaires peut être exercée dans le cadre d'un pourvoi contre certaines décisions du Tribunal (150), nonobstant l'absence d'effet suspensif d'un tel pourvoi (151). En particulier, en cas d'annulation par le Tribunal d'un règlement communautaire, une partie peut, à l'occasion du pourvoi contre l'arrêt du Tribunal, « saisir la Cour en vertu des articles 185 et 186 du traité d'une demande

(142) Arrêts cités à la note précédente.

(143) Voy., en particulier, les conclusions de l'avocat général TESAURO sous l'arrêt du 19 juin 1990, *Factortame* (C-213/89, *Rec.*, p. I-2450). Voy., également, R. JOLIET, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Riv. dir. eur.*, 1992, pp. 253-284.

(144) J.-G. HUGLO, « Le référé », *op. cit.*, p. 1.

(145) Arrêt du 19 juin 1990, *Factortame* (C-213/89, *Rec.*, p. I-2433, point 21).

(146) G. VANDERSANDEN, « Référé », *op. cit.*, p. 1.

(147) Voy., son article, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 260.

(148) Article 185 Traité CE. Voy. J. RIDEAU et F. PICOD, « Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire », *op. cit.*, p. 121.

(149) Ordonnance du 30 avril 1997, *Moccia Irme c. Commission* (C-89/97 P(R), *Rec.*, p. I-2327, point 45).

(150) Articles 49, alinéa 1^{er}, et 50, alinéas 1^{er} et 2, du Statut (CE) de la Cour.

(151) Article 53, alinéa 1^{er}, du Statut (CE) de la Cour.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

tendant à la suspension des effets du règlement annulé ou à la prescription de toute autre mesure provisoire » (152).

Enfin, les décisions du Tribunal ordonnant le sursis à l'exécution de l'acte attaqué devant lui, et celles prescrivant d'autres mesures provisoires dans le cadre d'un recours dont il est saisi, sont également susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice (153). Le président de la Cour statue, selon une procédure accélérée, « sur des conclusions tendant soit à l'obtention du sursis prévu à l'article 185 du traité, soit à l'application de mesures provisoires en vertu de l'article 186... » par voie d'ordonnance qui « n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge en rien la décision de la Cour statuant au principal » (154).

Ainsi que la Cour l'a noté, « dans le cadre du recours en annulation, le traité n'autorise pas seulement la Cour, à l'article 185, à ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué, mais l'investit également, à l'article 186, du pouvoir de prescrire les mesures provisoires nécessaires » (155). Puisque l'article 186 du traité est rédigé en des termes généraux et ne prévoit pas d'exception pour certaines procédures, la Cour en a conclu que des mesures provisoires au titre de cette disposition pourraient également être prises dans le cadre d'un recours en carence (156). De même, alors que le président du Tribunal a rejeté une demande de mesure provisoire sous forme d'indemnisation anticipée d'un préjudice futur et incertain dans le cadre d'un recours en responsabilité extracontractuelle au motif qu'elle conduirait le juge des référés à porter une appréciation définitive quant à l'engagement de la responsabilité de la Communauté, et non seulement à se prononcer *prima facie* sur cette responsabilité (157), le président de la Cour a, en revanche, considéré qu'« une interdiction absolue d'obtenir une mesure de cette nature... serait contraire au droit à une protection juridictionnelle complète et effective que les justiciables tiennent du droit communautaire qui implique notamment que puisse être assurée leur protection provisoire, si elle est nécessaire à la pleine efficacité de la future décision définitive » (158).

(152) Article 53, alinéa 2, du Statut (CE) de la Cour.

(153) Article 50, alinéa 1^{er}, du Statut (CE) de la Cour.

(154) Article 36 du Statut (CE) de la Cour.

(155) Arrêt du 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* (C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 27).

(156) Arrêt du 26 novembre 1996, *T. Port* (préc., point 60).

(157) Ordonnance du président du Tribunal du 29 novembre 1996, *Antonissen c. Conseil et Commission* (T-179/96 R, *Rec.*, p. II-1641, points 30-31).

(158) Ordonnance du 29 janvier 1997, *Antonissen c. Commission et Conseil* (C-393/96 P(R), *Rec.*, p. I-441, point 36).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Et le président de la Cour de conclure qu'« [i]l ne peut donc être exclu à l'avance, de façon générale et abstraite, qu'un paiement à titre de provision, même pour un montant correspondant à celui de la demande au principal, soit nécessaire pour garantir l'efficacité de l'arrêt au fond et, le cas échéant, apparaisse justifié, au regard des intérêts en présence » (159), en précisant que « [l]'octroi d'une telle mesure ne préjuge pas nécessairement la décision au fond » (160) et que « le recours à ce type de mesure, qui est plus que d'autres susceptible de produire, de fait, des effets irréversibles... doit être exercé avec restriction et se limiter aux cas dans lesquels le *fumus boni juris* apparaît particulièrement solide et l'urgence des mesures demandées incontestable » (161).

Octroyées à l'occasion d'un recours principal, les mesures provisoires revêtent un caractère accessoire par rapport à ce dernier. La demande de sursis à l'exécution d'un acte doit émaner du requérant (162). En revanche, les mesures provisoires autres que le sursis à exécution peuvent faire l'objet d'une demande formulée par toute partie à une affaire dont la Cour ou le Tribunal est saisi (163).

Aux termes des règlements de procédure de la Cour et du Tribunal, les demandes relatives au sursis et aux autres mesures provisoires « spécifient l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elles concluent » (164). À ces deux conditions, la jurisprudence en a ajouté une troisième – la balance des intérêts en cause – et la Cour a, par ailleurs, souligné leur caractère cumulatif (165).

L'exigence des moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure sollicitée (*fumus boni juris*) conduit le juge des référés, sans préjuger de la décision au fond, à considérer l'apparence

(159) *Ibid.*, point 37.

(160) *Ibid.*, point 39.

(161) *Ibid.*, point 41. Étudiant les rapports entre le recours en indemnité et l'octroi des mesures provisoires, M. HOSKINS a écrit : « (*in principle, there seems to be no reason why an applicant could not seek an interim payment from a Community institution in the context of a damages claim*) ». M. HOSKINS, « The relationship between the action for damages and the award of interim measures », in T. HEUKELS et A. McDONNELL (éd.), *The Action for Damages, op. cit.*, p. 259, spéc. p. 271.

(162) Article 83, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, du règlement de procédure de la Cour ; article 104, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, du règlement de procédure du Tribunal.

(163) Article 83, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du règlement de procédure de la Cour de justice ; article 104, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du règlement de procédure du Tribunal de première instance.

(164) Article 83, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour de justice ; article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal.

(165) Voy., p. ex., ordonnance du 11 mars 1994, *Descom Scales Manufacturing c. Conseil* (C-6/94 R, *Rec.*, p. I-867, points 14 et 15).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

de sérieux et de bon droit des moyens avancés par le demandeur dans le recours principal (166). Le juge se contente de constater que les moyens invoqués par la requérante apparaissent, à première vue, pertinents et, en tout cas, non dépourvus de fondement (167).

L'urgence s'apprécie « par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement, afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la mesure provisoire » (168). C'est à la partie demanderesse qu'il appartient d'apporter la preuve qu'un préjudice imminent, grave et irréparable résulterait, pour elle, de l'absence de la mesure sollicitée (169). Les règlements de procédure de la Cour (170) et du Tribunal (171) confèrent aux présidents respectifs le pouvoir de faire droit à la demande d'une partie d'octroyer des mesures provisoires sans que l'autre partie ait présenté ses observations. La mesure ainsi prise pourrait être ultérieurement modifiée ou rapportée, même d'office.

La balance des intérêts implique, pour le juge des référés, une confrontation entre l'intérêt du demandeur à l'octroi de la mesure sollicitée et les conséquences préjudiciables pour le défendeur ou pour des tiers de l'octroi de celle-ci. Le président Vilaça considère qu'il ne s'agit, en fait, que d'« une application concrète du principe de la proportionnalité dans le domaine de la procédure en référé » (172).

Comme l'a souligné le président du Tribunal, « les mesures prévues aux articles 185 et 186 du traité doivent viser uniquement à sauvegarder pendant la procédure devant la Cour ou le Tribunal les intérêts d'une des parties au litige afin de ne pas rendre illusoire l'arrêt au principal en la privant d'effets utiles » (173). Les mesures ainsi octroyées cessent, en principe, de produire effet dès le prononcé de l'arrêt mettant fin à l'instance au principal et ne doivent pas déterminer, par anticipation, les conséquences de l'arrêt au fond rendu ultérieurement (174).

(166) G. VANDERSANDEN, « Référé », *op. cit.*, point 31.

(167) Arrêt du Tribunal du 10 mars 1995, *Atlantic Container Line c. Commission* (T-395/94 R, *Rec.*, p. II-595, point 49).

(168) *Ibid.*, point 50.

(169) *Ibid.*

(170) Article 84, paragraphe 2, alinéa 2.

(171) Article 105, paragraphe 2, alinéa 2.

(172) Voy., son article, « La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 1998, *op. cit.*, pp. 257-306.

(173) Ordonnance du 29 novembre 1996, *Antonissen* (préc., point 29).

(174) *Ibid.*

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

E. – Le renvoi préjudiciel

La procédure préjudicielle instituée par l'article 177 du Traité CE a été, dès l'origine, grâce à une coopération fructueuse entre la Cour de justice et les juridictions nationales, l'un des instruments les plus efficaces dans la protection des droits tirés par les particuliers des normes communautaires. Le succès du renvoi préjudiciel est tributaire, dans une large mesure, du respect de l'équilibre dans les rôles respectifs des juridictions concernées. Celui de la Cour de justice est confiné à l'interprétation et à l'appréciation de la validité des règles communautaires. Celui du juge national est d'appliquer, s'il y a lieu, la règle communautaire, telle qu'interprétée par la Cour, au cas de l'espèce, et de tirer toutes les conséquences de l'arrêt rendu par cette dernière.

La compétence préjudicielle de la Cour dépend, conformément au traité, d'une double condition. Seule une *juridiction* est habilitée à saisir la Cour de justice et à lui soumettre, dans le cadre d'une telle saisine, une *question d'interprétation ou d'appréciation de validité du droit communautaire*. Lorsque ces conditions sont remplies, la Cour a estimé qu'elle était tenue de statuer.

Cette approche laissait au juge interne le soin de circonscrire la saisine de la Cour et de déterminer souverainement un ensemble de facteurs sans que la Cour ait à les connaître. La nécessité et le moment de faire recours à l'article 177 du traité, la pertinence de la question et sa formulation relèvent de la compétence du juge national.

Cependant, très tôt, la Cour a indiqué que, dans certaines circonstances, elle ne s'estimerait pas être valablement saisie. Tel serait le cas, notamment, lorsque « l'évocation du texte communautaire en cause est manifestement erronée » (175). À cet égard, la Cour a expliqué que « le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire ou l'examen de validité d'une règle communautaire demandés par cette juridiction n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal » (176).

Cette jurisprudence n'a connu qu'une application limitée (177). En revanche, les circonstances dans lesquelles la Cour s'estime incompétente

(175) Arrêt du 19 décembre 1968, *Salgoil* (13/68, *Rec.*, p. 661, spéc. p. 672).

(176) Arrêt du 16 juin 1981, *Salonia* (126/80, *Rec.*, p. 1563, point 6). Voy., également, ordonnances du 26 janvier 1990, *Falciola* (C-286/88, *Rec.*, p. I-191, point 8) et du 28 mars 1996, *Ruiz Bernáldez* (C-129/94, *Rec.*, p. I-1829, point 7).

(177) Voy. ordonnances du 27 juin 1979, *Le juge d'Hayange* (105/79, *Rec.*, p. 2257), et du 12 mars 1980, *Le juge d'Hayange* (68/80, *Rec.*, p. 771). Voy., également, arrêt du 9 octobre 1997, *Grado* (C-291/96, *Rec.*, p. I-5531).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

pour répondre aux questions qui lui sont soumises à titre préjudiciel par les tribunaux nationaux se sont multipliées et l'on assiste, depuis quelques années, à une avalanche de renvois préjudiciels déclarés irrecevables.

La première véritable dérive en la matière est apparue dans l'affaire *Foglia/Novello*, dans laquelle la Cour s'est déclarée incompétente, à deux reprises, pour répondre aux questions posées par le juge de renvoi au motif que le litige entre les parties au principal à l'occasion duquel le juge national a décidé de la saisir à titre préjudiciel était « artificiel » (178). Cette constatation a été faite compte tenu d'un ensemble de circonstances particulières, notamment le fait qu'il s'agissait d'un litige entre deux personnes privées mettant en cause, devant un juge d'un État membre, la conformité au regard du traité d'une loi d'un autre État membre (179). Pourtant, c'est le caractère artificiel du litige qui a été notamment retenu et les arrêts *Foglia/Novello* ont été invoqués devant la Cour dans des affaires dans lesquelles le litige n'était pas entre personnes privées et/ou ne comportait aucun élément d'extranéité (180).

Il convient d'observer que, bien que jamais désavouée formellement, la jurisprudence *Foglia/Novello* n'a pas été appliquée, et aucune autre demande de décision préjudicielle n'a été rejetée par la Cour au motif que le litige au principal avait un caractère artificiel. Comme l'a souligné l'avocat général Fennelly, les principes établis par les arrêts *Foglia/Novello* « devraient être appliqués avec le plus grand soin, puisqu'ils ne mettent pas seulement en cause la validité d'une ordonnance d'une juridiction nationale, mais également la bonne foi des parties dans l'affaire au principal » (181).

En revanche, d'autres cas d'irrecevabilité ont été dégagés par la Cour. L'arrêt *Telemarsicabruzzo* (182) a inauguré une jurisprudence relativement abondante selon laquelle l'ordonnance de renvoi doit comporter une description du cadre factuel et réglementaire dans

(178) Arrêts du 11 mars 1980, *Foglia c. Novello* (104/79, *Rec.*, p. 745), et du 16 décembre 1981, *Foglia c. Novello* (244/80, *Rec.*, p. 3045).

(179) Comme l'a observé l'avocat général JACOBS, « [l]e fait que la législation d'un État membre ait été attaquée devant les tribunaux d'un autre État membre semble avoir influencé la Cour dans sa décision de rejeter la demande préjudicielle dans l'affaire *Foglia* comme étant irrecevable, bien que, dans d'autres affaires, la Cour n'ait pas rejeté la demande préjudicielle pour ce motif », conclusions sous l'arrêt du 9 février 1995, *Édouard Leclerc-Siplec* (C-412/93, *Rec.*, p. I-179, spéc. p. 184, point 9).

(180) Voy., p. ex., arrêts du 14 janvier 1981, *Chemial* (140/79, *Rec.*, p. 1) et *Vinal* (46/80, *Rec.*, p. 77) ; du 12 juin 1986, *Bertini* (98, 162 et 258/85, *Rec.*, p. 1885) ; du 21 septembre 1988, *Van Eycke* (267/86, *Rec.*, p. 4769) ; et du 9 février 1995, *Édouard Leclerc-Siplec*, précité.

(181) Conclusions sous l'arrêt du 5 juin 1997, *Celestini* (C-105/94, *Rec.*, p. I-2971, spéc. p. I-2985, point 23).

(182) Arrêt du 26 janvier 1993 (C-320/90 et C-321/90, *Rec.*, p. I-393).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

lequel s'insèrent les questions déferées à la Cour ou, tout au moins, une explication des hypothèses factuelles sur lesquelles lesdites questions sont fondées (183). L'absence de telles indications entraînerait l'irrecevabilité de la demande de décision préjudicielle prononcée par voie d'ordonnance.

Ainsi, elle déclare irrecevable une demande de décision préjudicielle au motif que le juge de renvoi « n'indique ni le contenu des dispositions de la législation nationale à laquelle il se réfère, ni les raisons précises qui le conduisent à s'interroger sur leur compatibilité avec le droit communautaire et à estimer nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour. En cela, les indications de l'ordonnance de renvoi, par leur référence trop imprécise aux situations de droit et de fait visées par le juge national, ne permettent pas à la Cour de donner une interprétation utile du droit communautaire » (184). La Cour n'est pas en mesure de donner une interprétation utile du droit communautaire, ce qui la conduit à déclarer la demande préjudicielle irrecevable, lorsque l'ordonnance de renvoi « ne contient pas de questions précises... ne permet pas de déceler avec certitude les questions sur lesquelles le juge national souhaite que la Cour se prononce à titre préjudiciel et ne comporte pas d'indications suffisantes » pour répondre aux exigences relatives à la définition du cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent ces questions ou à l'application des hypothèses factuelles sur lesquelles elles sont fondées (185). De même, la Cour rejette comme irrecevable une demande de décision préjudicielle contenue dans une ordonnance de renvoi qui se borne à poser les questions « sans fournir quelque indication que ce soit sur leur fondement » (186) et lorsque « l'ordonnance de renvoi ne comporte que l'énoncé des questions préjudicielles » (187). Les mêmes considérations conduisent la Cour à déclarer irrecevable une décision de renvoi qui « ne contient aucune indication donnée par le juge national quant à la situation de fait et de droit de l'affaire dont il est saisi, ni les raisons pour lesquelles il estime que les réponses aux questions préjudicielles énoncées par les défendresses au principal seraient nécessaires à la solution du litige. Le cadre

(183) *Ibid.*, point 6.

(184) Ordonnance du 19 mars 1993, *Banchero* (C-157/92, *Rec.*, p. I-1086, point 6). Voy., également, ordonnances du 23 mars 1995, *Saddik* (C-458/93, *Rec.*, p. I-511) ; du 2 février 1996, *Brestle* (C-257/95, *Rec.*, p. I-235) ; du 20 mars 1996, *Carlo Sunino* (C-2/96, *Rec.*, p. I-1545) ; du 25 juin 1996, *Italia Testa* (C-101/96, *Rec.*, p. I-3081) ; du 19 juillet 1996, *Modesti* (C-191/96, *Rec.*, p. I-3939) ; et du 19 juillet 1996, *Lahlou* (C-196/96, *Rec.*, p. I-3947).

(185) Ordonnance du 21 décembre 1995, *Max Mara* (C-307/95, *Rec.*, p. I-5085).

(186) Ordonnance du 26 avril 1993, *Monin Automobiles* (C-386/92, *Rec.*, p. I-2049, point 8).

(187) Ordonnance du 9 août 1994, *La Pyramide* (C-378/93, *Rec.*, p. I-4001).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

factuel et réglementaire ne pourrait être établi que par une analyse des mémoires des parties au principal » (188).

Cette nouvelle jurisprudence constitue un départ de la pratique suivie antérieurement par la Cour. Ainsi, elle a déclaré, dans l'arrêt *Capolongo* (189), qu'à défaut d'informations précises relatives à une charge pécuniaire dont la compatibilité avec le traité était contestée, la Cour ne saurait, dans le cadre de la procédure préjudicielle, « apprécier les actes juridiques et les dispositions de droit national, au risque que la réponse ne corresponde qu'imparfaitement aux particularités de l'espèce » (190). De même, tout en déclarant qu'« il est... regrettable que la juridiction nationale n'ait donné aucune motivation à ses ordonnances de renvoi, d'autant plus que ni les dossiers ni les faits des affaires ne permettent de comprendre l'utilité des questions pour les jugements qu'elle doit rendre » (191) et qu'« il est difficile de concevoir comment les réponses demandées à la Cour peuvent avoir une incidence sur la solution des litiges au principal » (192), la Cour a néanmoins estimé que, « dans les circonstances de l'espèce, il serait contraire à l'économie de la procédure de ne pas répondre, pour cette seule raison, aux questions posées par la juridiction nationale » (193) et a, par conséquent, accueilli la demande de décision préjudicielle.

L'arrêt *TWD Textilwerke Deggendorf* (194), dont la portée a été précisée par les arrêts *Wiljo* (195), *Accrington Beef* (196) et *Eurotunnel* (197), introduit une cause supplémentaire pour déclarer irrecevable une demande de décision préjudicielle formulée par un juge national. Un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une mesure communautaire ne saurait être accueilli dès lors que le justiciable devant le juge interne a omis d'attaquer en annulation, directement devant la juridiction communautaire, ladite mesure dont il était le destinataire et que, en tant que tel, il avait « indubitablement » le

(188) Ordonnance du 13 mars 1996, *Banco de Fomento e Exterior* (C-326/95, *Rec.*, p. I-1385, point 11). Notons cependant que, dans l'arrêt du 7 décembre 1995, *Gervais* (C-17/94, *Rec.*, p. I-4353, point 21), la Cour a relevé qu'« en l'espèce, les informations nécessaires figurent dans l'ordonnance de renvoi ainsi que dans le dossier transmis à la Cour par la juridiction nationale, complétées par les réponses aux questions que la Cour a posées aux personnes mises en examen quant à leur nationalité, leurs qualifications et le lieu de leur établissement professionnel ».

(189) Arrêt du 19 juin 1973 (77/72, *Rec.*, p. 611).

(190) *Ibid.*, point 8.

(191) Arrêt du 12 juin 1986, *Bertini* (98, 162 et 258/85, *Rec.*, p. 1884, point 7).

(192) *Ibid.*, point 8.

(193) *Ibid.*, point 7.

(194) Arrêt du 9 mars 1994, précité.

(195) Arrêt du 30 janvier 1997, *Wiljo* (C-178/95, *Rec.*, p. I-585).

(196) Arrêt du 12 décembre 1996, *Accrington Beef* (C-241/95, *Rec.*, p. I-6699).

(197) Arrêt du 11 novembre 1997, *Eurotunnel* (C-408/95, *Rec.*, p. I-6315, points 28 et 29).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

droit de le faire (198) ou que, sans en être le destinataire, il avait « sans aucun doute » (199) ou « indiscutablement » (200) un intérêt à agir dans le cadre d'un recours en annulation devant le Tribunal de première instance (201), de sorte qu'il était « manifeste » que son recours aurait été déclaré recevable (202).

Outre l'effet attentatoire aux prérogatives du juge national qui, au demeurant, peut, et parfois doit, considérer d'office un moyen de droit communautaire non soulevé par les parties (203), cette nouvelle hypothèse d'irrecevabilité d'un renvoi préjudiciel est contraire à la jurisprudence précédente et affaiblit la position du justiciable.

En effet, par un *attendu* de principe, la Cour a déclaré, dans l'arrêt dit *Beurre de Berlin*, qu'« [i]l importe de souligner qu'aucune disposition de droit communautaire ne s'oppose à ce qu'un recours soit porté devant une juridiction nationale contre un acte d'exécution d'une décision d'une institution communautaire lorsque les conditions énoncées par le droit national sont réunies. À l'occasion de pareil recours, dès lors que la solution du litige dépend de la validité de cette décision, le juge national peut interroger la Cour par voie préjudicielle, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le demandeur au litige principal a ou non la possibilité d'attaquer directement la décision devant la Cour » (204).

De même, de l'arrêt *Universität Hamburg* (205), il ressort qu'à l'occasion d'un recours à l'encontre d'une décision nationale dont il est le destinataire, fondé sur une décision communautaire, le requérant peut exciper de l'invalidité de cette dernière qui est susceptible de faire l'objet d'un renvoi préjudiciel. Dans cet arrêt, la Cour estimait qu'il n'était pas nécessaire « de prendre position sur le problème plus vaste des rapports généraux entre les articles 173 et 177 du traité » (206), mais l'avocat général Slynn a considéré que la requérante au principal,

(198) Arrêt du 30 janvier 1997, *Wiljo* (préc., point 23).

(199) Arrêt du 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf* (C-188/92, *Rec.*, p. I-833, point 24).

(200) Arrêt du 12 décembre 1996, *Accrington Beef* (préc., point 15).

(201) Cette jurisprudence, souligne l'avocat général TESAURO, ne saurait s'appliquer à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une directive, puisqu'« il n'est pas évident » qu'un recours en annulation introduit sur la base de l'article 173 du Traité CE soit recevable. Conclusions du 27 mai 1997 dans l'aff. C-408/95, *Eurotunnel*, point 20.

(202) Arrêt du 11 novembre 1997, *Eurotunnel* (préc., point 29).

(203) Arrêts du 14 décembre 1995, *Van Schijndel* (C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705), et *Peterbroeck* (C-312/93, *Rec.*, p. I-4599), et du 24 octobre 1996, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld* (C-72/95, *Rec.*, p. I-5403). Voy., également, arrêt du 11 juillet 1991, *Verholen* (C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *Rec.*, p. I-3757).

(204) Arrêt du 21 mai 1987, *Walter Rau Lebensmittelwerke* (133 à 136/85, *Rec.*, p. 2289, point 11).

(205) Arrêt du 27 septembre 1983 (216/82, *Rec.*, p. 2771).

(206) *Ibid.*, point 11.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

compte tenu de l'arrêt *Control Data Belgium* (207), était bien directement et individuellement concernée par la décision communautaire en cause (208) et, en soulignant le fait que « [l]'article 177 n'exclut pas explicitement les renvois concernant la validité lorsqu'une action en annulation est ouverte », a estimé qu'« il n'existe pas de raison valable permettant de conclure à l'existence d'une telle exclusion » (209).

Puisque les mesures nationales prises en exécution des actes communautaires peuvent intervenir après l'écoulement du délai de recours en annulation devant la juridiction communautaire, « le besoin de sécurité juridique serait poussé trop loin », estime l'avocat général Slynn, « si on excluait d'une manière tout à fait générale que la validité de tels actes puisse être contestée devant les juridictions nationales au motif que la mesure communautaire était elle-même invalide et si on excluait ainsi également un renvoi au titre de l'article 177 dès lors que le délai du recours en annulation est expiré » (210). Et l'avocat général Slynn de conclure : « [i]l ne nous semble pas que... une partie qui aurait pu former un recours en annulation au titre de l'article 173 et ne l'a pas fait, est empêchée de contester la validité d'un acte parce que le délai imparti pour demander l'annulation est expiré. Si, comme nous le pensons, une telle action peut être engagée devant la juridiction nationale, il nous semble qu'une question sur la validité peut être déférée à la Cour au titre de l'article 177. Le résultat contraire ignorerait, à notre avis, la structure fondamentale des dispositions du traité » (211).

Le fait que, dans l'affaire *Universität Hamburg*, le requérant au principal fût le destinataire de la décision nationale prise en exécution de la décision communautaire, souligné par la Cour (212), et que, dans l'affaire *Beurre de Berlin*, les requérants au principal aient simultanément saisi la juridiction communautaire d'un recours en annulation de la décision communautaire en cause (213), n'est nullement pertinent pour justifier la solution retenue.

La tentative de l'avocat général Jacobs de nier toute pertinence à l'affaire *Universität Hamburg* au motif que, dans cette dernière, la décision communautaire faisant l'objet d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité était adressée à tous les États membres et avait une portée générale, alors que celle en cause dans l'affaire *TWD*

(207) Arrêt du 17 mars 1983, *Control Data Belgium c. Commission* (294/81, *Rec.*, p. 911).

(208) *Rec.*, 1983, spéc. p. 2795.

(209) *Ibid.*, p. 2796.

(210) *Ibid.*, p. 2796.

(211) *Ibid.*, p. 2797.

(212) Arrêt du 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf* (préc., point 23).

(213) *Ibid.*, point 20.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Textilwerke Deggendorf était une décision individuelle adressée à un seul État membre, ne paraît guère convaincante, puisqu'une décision adressée à l'ensemble des États membres dans des circonstances telles que celles dans l'affaire *Universität Hamburg* et prise en raison d'une demande, adressée à l'autorité nationale par une personne déterminée, peut concerner cette dernière individuellement et directement, ainsi qu'en témoigne l'arrêt *Control Data Belgium* (214). On peut relever à cet égard que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, émanant d'une juridiction nationale à l'occasion d'un recours en annulation contre un avis de recouvrement de droits de douane, émis par l'administration nationale conformément à une décision adressée par la Commission à la République fédérale d'Allemagne, n'a donné lieu, ni dans l'affaire *Binder* (215), ni dans l'affaire *Behn Verpackungsbedarf* (216), à aucune discussion sur la recevabilité, alors qu'il était constant que, dans des circonstances identiques, la requérante au principal pouvait saisir la juridiction communautaire d'un recours en annulation contre la décision de la Commission (217). Il est paradoxal que l'arrêt *Foto-Frost* (218), par lequel la Cour a établi une obligation dans le chef du juge national de procéder à un renvoi préjudiciel dès lors qu'il estime qu'un acte communautaire est invalide, le dépouillant ainsi d'une compétence qu'il détient en vertu du traité même, a été rendu à l'occasion d'une affaire dans laquelle la requérante au principal, visée par la décision communautaire contestée, n'avait pas attaqué cette dernière en annulation devant la juridiction communautaire, alors qu'elle avait « indubitablement », « indiscutablement » et « sans aucun

(214) Arrêt du 17 mars 1983, *Control Data Belgium*, précité.

(215) Arrêt du 12 juillet 1989, *Binder* (161/88, *Rec.*, p. 2415).

(216) Arrêt du 28 juin 1990, *Behn Verpackungsbedarf* (C-80/89, *Rec.*, p. I-2659).

(217) Voy., p. ex., arrêt du 15 décembre 1983, *Papierfabrik Schoellershammer c. Commission* (283/82, *Rec.*, p. 4219). Dans ses conclusions sous cet arrêt, l'avocat général MANCINI a considéré que « [l]a recevabilité du recours n'est pas douteuse. En effet, la décision concerne directement et individuellement la société Schoellershammer bien que celle-ci n'en soit pas destinataire [article 173, alinéa 2, du Traité CEE]. Individuellement, parce que la décision se réfère à la situation particulière qui la fait apparaître comme protagoniste et qui postule que la Commission en ait connaissance. Directement, parce que la décision du bureau de douanes qui a rejeté la demande de la requérante ne relève pas du pouvoir discrétionnaire » (*ibid.*, p. 4228, point 2). Voy., également, arrêts du 13 novembre 1984, *Van Gend en Loos c. Commission* (98 et 230/83, *Rec.*, p. 3763) ; du 15 mai 1986, *Oryzomyli Kavallas c. Commission* (160/84, *Rec.*, p. 1633) ; du 12 mars 1987, *Cerealmangimi et Italgrani c. Commission* (244 et 245/85, *Rec.*, p. 1303) ; du 22 septembre 1988, *Frydendahl Pedersen c. Commission* (148/87, *Rec.*, p. 4993) ; du 23 mai 1989, *Top Hit Holzvertrieb c. Commission* (378/87, *Rec.*, p. 1359) ; du 6 juillet 1993, *CT Control c. Commission* (C-121/91 et C-122/91, *Rec.*, p. I-3873) ; du 9 novembre 1995, *France - aviation c. Commission* (T-346/94, *Rec.*, p. II-2841) ; et du 5 juin 1996, *Günzler Aluminium c. Commission* (T-75/95, *Rec.*, p. II-497).

(218) Arrêt du 22 octobre 1987 (314/85, *Rec.*, p. 4199).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

doute » le droit de le faire et qu'il était « manifeste » que son recours aurait été recevable (219).

Ainsi que l'a constaté l'avocat général Tesauro, « [a]u nom du principe de la sécurité juridique, la Cour a donc modifié une jurisprudence à laquelle on pouvait largement souscrire et, à notre avis, plus correcte, notamment parce qu'elle respecte l'esprit de coopération entre le juge national et le juge communautaire, qui sert de fondement à la procédure prévue à l'article 177. Priver le juge national de la possibilité de saisir utilement la Cour, lorsqu'il nourrit des doutes sur la validité d'un acte communautaire, implique en effet une méconnaissance de cet esprit de collaboration ainsi que, en définitive, une dénaturation de la procédure préjudicielle » (220).

Subordonner la recevabilité d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une décision communautaire à l'absence d'un intérêt direct et individuel dans cette dernière par la requérante au principal conduirait le juge national à statuer lui-même, ainsi que le remarque G. Bebr, sur la recevabilité d'un éventuel recours en annulation devant la juridiction communautaire ou de saisir la Cour de justice d'une question d'interprétation sur ce point (221). Une telle exigence pourrait, en outre, encourager les justiciables à introduire, à titre de précaution, de multiples recours en annulation devant le Tribunal de première instance. Au cas où ces recours seraient déclarés irrecevables, un renvoi préjudiciel en appréciation de validité des mêmes actes communautaires devrait être accueilli (222). Et G. Bebr de conclure, avec raison, « *in the process of challenging a Community decision before a national court, it is irrelevant whether an individual has a right of direct action and if so whether his action would have been admitted* » (223).

(219) Voy. D. WYATT, « The relationship between actions for annulment and references on validity after TWD Deggendorf », in LONDAY et BIONDI (éd.), *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, 1997, pp. 55-66.

(220) Conclusions du 27 mai 1977 dans l'aff. C-408/95, *Eurotunnel*, point 18. Remarquons également que R. JOLIET a considéré que les voies du recours direct et du renvoi préjudiciel « peuvent être suivies simultanément ». Voy., son article, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 274.

(221) G. BEBR, « The reinforcement of the constitutional review of Community acts under Article 177 EEC Treaty », *Comm. M.L.Rev.*, 1988, pp. 667-691, spéc. pp. 689-690.

(222) *Ibid.*, p. 690.

(223) *Ibid.*

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

III. – LES RECOURS DEVANT LES JURIDICTIONS NATIONALES

L'arsenal des compétences et des pouvoirs du juge national est complété par les exigences formulées par le droit communautaire. En effet, comme l'a observé J. Rideau, « les contentieux nationaux n'ayant pas été conçus pour la solution des différends nés de l'application du droit communautaire, les moyens dont disposent les juges ne sont pas toujours adaptés à l'exercice de leurs missions communautaires » (224).

Cependant, les lacunes et les insuffisances des systèmes contentieux nationaux, mises en relief à l'occasion de l'application judiciaire du droit communautaire, concernent la protection juridictionnelle des particuliers dans un contexte tant communautaire que purement national (225). Ainsi, par une sorte de « *spill-over* », le droit communautaire est susceptible de contribuer à l'amélioration de la protection juridictionnelle des particuliers. Les tâches imparties par le droit communautaire aux juridictions nationales conduisent à « une revalorisation de la fonction juridictionnelle » (226).

Conformément au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, « il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire » (227). En l'absence de mesures d'harmonisation, « les droits conférés par le droit communautaire doivent être exercés devant les juridictions nationales selon les modalités déterminées par la règle nationale » (228) et dans les conditions de fond et de forme déterminées par le droit national applicable à la même matière (229). Une règle uniforme et commune n'est pas nécessaire (230). Cette autonomie est, néanmoins, limitée par deux principes que la Cour appelle désormais le « principe de l'équivalence » et le « principe d'effectivité » (231).

(224) J. RIDEAU, « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *D.S.*, 1974, chron., pp. 147-156, spéc. p. 156.

(225) J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *C.D.E.*, 1981, pp. 379-409.

(226) G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Gaz. Pal.*, 1992, doctr., pp. 190-195, spéc. p. 193.

(227) Arrêts du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz* (33/76, *Rec.*, p. 1989, point 5) et *Comet* (45/76, *Rec.*, p. 2043, point 13).

(228) Arrêts du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz* (préc., point 5) et *Comet* (préc., point 15).

(229) Arrêts du 9 novembre 1983, *San Giorgio* (199/82, *Rec.*, p. 3595, point 12), et du 17 juillet 1997, *Texaco* (C-114/95 et C-115/95, *Rec.*, p. I-4263, point 45).

(230) Arrêt du 27 mars 1980, *Denkavit Italiana* (61/79, *Rec.*, p. 1205, point 22).

(231) Arrêt du 10 juillet 1997, *Rosalba Palmisani* (C-261/95, *Rec.*, p. I-4025, point 27).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Au titre du premier, les modalités du recours et les conditions d'obtention du remède juridictionnel en cas de méconnaissance du droit communautaire ne sauraient être moins favorables que celles concernant des recours similaires du droit interne. Selon le second, de telles modalités et conditions ne devraient pas être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit communautaire.

La Cour a, en effet, souligné que « le système de protection juridique mis en œuvre par le traité... implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national » (232), étant précisé que « le traité... 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 » (233).

Les distorsions provoquées par la disparité des dispositions processuelles nationales devraient être remédiées, selon la Cour, par des mesures communautaires d'harmonisation (234). Ainsi, la Cour a déclaré qu'« il appartient en principe au droit national de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice » (235). En matière de délais de recours dans lesquels le particulier doit, à peine de forclusion, introduire une action devant les juridictions internes ou présenter une réclamation devant les autorités nationales, la Cour exige simplement que ces délais soient « raisonnables » (236). Ainsi, la prescription quinquennale de l'action en répétition des taxes indûment payées a été considérée par la Cour comme raisonnable (237). De même, un délai de forclusion d'un an pour l'introduction d'une action en indemnité pour dommage subi en raison d'une transposition tardive d'une directive est reconnu comme raisonnable (238). Une prescription triennale pour introduire une réclamation auprès des autorités douanières tendant au remboursement des montants indûment acquittés est

(232) Arrêt du 7 juillet 1981, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord* (158/80, *Rec.*, p. 1805, point 44).

(233) *Ibid.*

(234) Arrêts du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz* (préc., point 5) et *Comet* (préc., point 14).

(235) Arrêt du 11 juillet 1991, *Verholen* (préc., point 24).

(236) Arrêts du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz* (préc., point 5) et *Comet* (préc., point 17).

(237) Arrêts du 17 juillet 1997, *Haahr Petroleum* (C-90/94, *Rec.*, p. I-4085, point 49), et du 2 décembre 1997, *Fantask* (C-188/95, *Rec.*, p. I-4085, point 49).

(238) Arrêt du 10 juillet 1997, *Palmisani* (préc., points 28, 29 et 39).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

également admise comme raisonnable (239). En cas de remboursement des montants perçus par l'administration nationale sur le fondement d'un règlement communautaire déclaré invalide par la suite, la Cour a déclaré qu'« il appartient... aux autorités nationales, et particulièrement aux juridictions nationales en cas de restitution de redevances indûment perçues, de régler toutes questions accessoires ayant trait à cette restitution, telles que le versement d'intérêts, en appliquant leurs règles internes concernant le taux d'intérêt et la date à partir de laquelle les intérêts doivent être calculés » (240). De même, le droit communautaire n'impose pas le versement d'intérêts en cas de paiement tardif ne représentant pas un caractère indemnitaire (241).

Pourtant, en l'absence de mesures législatives d'harmonisation, c'est la jurisprudence qui a un effet corrosif sur l'autonomie procédurale des États membres et qui réalise concomitamment un rapprochement des droits nationaux.

Une jurisprudence récente de la Cour de justice révèle l'émergence de l'idée d'un certain parallélisme entre la juridiction communautaire et les tribunaux nationaux, et ce, sous un double aspect. D'une part, l'étendue des compétences du juge national doit correspondre à celle du juge communautaire ; d'autre part, certains traits du régime et de la mise en œuvre des recours contentieux portés devant le juge interne doivent être calqués sur ceux relevant du ressort du juge de Luxembourg.

A. – Le parallélisme entre les compétences du juge communautaire et du juge national en matière de protection provisoire

En effet, parmi les raisons invoquées par la Cour pour reconnaître au juge national une compétence pour ordonner le sursis à l'exécution d'une mesure nationale fondée sur un règlement communautaire figure, dans l'arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, la considération selon laquelle, puisque, dans le cadre d'un recours en annulation introduit devant la Cour de justice, « l'article 185 du traité CEE donne à la partie requérante la faculté de demander le sursis à l'exécution de l'acte attaqué et à la Cour la compétence pour l'octroyer » (242), « [l]a cohérence du système de protection provisoire exige... que le juge national puisse...

(239) Arrêt du 9 novembre 1989, *Bessin et Salson* (386/87, *Rec.*, p. 3551, points 17-18).

(240) Arrêt du 12 juin 1980, *Express Dairy Foods* (130/79, *Rec.*, p. 1887, point 17). Voy., également, arrêt du 21 mai 1976, *Roquette Frères* (26/74, *Rec.*, p. 677).

(241) Arrêt du 22 avril 1997, *Sutton* (C-66/95, *Rec.*, p. I-2163).

(242) Arrêt du 21 février 1991, *Zuckerfabrick Süderdithmarschen* (C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 18).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

ordonner le sursis à l'exécution d'un acte administratif national fondé sur un règlement communautaire dont la légalité est contestée » (243).

De même, et plus généralement, la Cour a souligné, dans l'arrêt *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, que sa propre compétence en matière de protection provisoire dépasse celle d'ordonner le sursis à exécution et comprend, conformément à l'article 186 du traité, le pouvoir de prescrire les mesures provisoires nécessaires (244). Elle a considéré que « [l]a protection provisoire que les juridictions nationales doivent assurer aux justiciables, en vertu du droit communautaire, ne saurait varier selon que ces derniers demandent le sursis à l'exécution d'un acte administratif national pris sur la base d'un règlement communautaire ou l'octroi de mesures provisoires aménageant ou régissant à leur profit des situations juridiques ou des rapports de droit litigieux » (245).

À la référence aux articles 185 et 186 du traité s'ajoutent deux autres considérations pour reconnaître au juge national une compétence en matière de protection provisoire. En premier lieu, la Cour rappelle que le justiciable a le droit d'exciper, devant le juge interne, de l'illégalité d'un règlement communautaire (246) et considère que ce droit serait compromis si, en attendant l'arrêt par lequel la Cour statue à titre préjudiciel sur la validité du règlement, le justiciable n'était pas en mesure d'obtenir le sursis à l'exécution de la mesure nationale prise en application dudit règlement et de paralyser, par là même, en ce qui le concerne, les effets de ce dernier (247).

En second lieu, la Cour rappelle son arrêt *Factortame I* par lequel elle a reconnu, dans le chef du juge national, la compétence d'ordonner des mesures provisoires et, notamment, la suspension de l'application d'une mesure nationale prétendue incompatible avec une disposition du traité, tant que la Cour de justice n'a pas statué sur l'interprétation de cette dernière sollicitée par le juge (248). Elle en conclut que « la protection provisoire qui est assurée aux justiciables devant les juridictions nationales par le droit communautaire ne saurait varier, selon qu'ils contestent la compatibilité de dispositions de droit national avec le droit communautaire ou la validité d'actes communautaires de droit dérivé, dès lors que, dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit communautaire lui-même » (249).

(243) *Ibid.*

(244) Arrêt du 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* (préc., point 27).

(245) *Ibid.*, point 28.

(246) *Zuckerfabrik*, point 16 ; *Atlanta*, point 20.

(247) *Zuckerfabrik*, point 17 ; *Atlanta*, point 21.

(248) *Zuckerfabrik*, point 19 ; *Atlanta*, point 23.

(249) *Zuckerfabrik*, point 20 ; *Atlanta*, point 24.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Il convient de noter que l'ensemble de cette motivation tend à *établir* une compétence au provisoire en faveur du juge interne alors que, compte tenu des circonstances des affaires *Zuckerfabrik* et *Atlanta*, et des questions respectivement posées par les juridictions nationales concernées, il s'agissait seulement de préciser que l'article 189 du traité *n'exclut* pas le pouvoir de ces dernières d'octroyer un sursis à l'exécution d'une mesure nationale adoptée sur le fondement d'un règlement communautaire dont la validité est contestée (250) et « d'accorder des mesures provisoires aménageant ou régissant les situations juridiques ou les rapports de droit litigieux au sujet d'un acte administratif national fondé sur un règlement communautaire qui fait l'objet d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité » (251), puisque la protection provisoire des justiciables ne saurait varier selon qu'ils sollicitent un sursis à exécution ou une autre mesure provisoire (252).

Il existe donc, selon la Cour, une triple raison pour reconnaître au juge national une compétence en matière de protection provisoire. L'une est relative à l'efficacité de la procédure préjudicielle dans le cadre de laquelle la validité d'un règlement communautaire, sur le fondement duquel a été adoptée une décision nationale faisant l'objet d'un recours devant le juge interne, peut être examinée. L'autre découle de la compétence du juge national, conformément à l'arrêt *Factortame I*, pour assurer une protection provisoire au justiciable qui met en cause, devant ce dernier, la compatibilité avec le traité d'une mesure nationale. La reconnaissance d'une telle compétence s'appuie, dans une certaine mesure, sur l'effet utile du renvoi préjudiciel qui, selon la Cour, « serait amoindri si la juridiction nationale qui sursoit à statuer jusqu'à ce que la Cour réponde à sa question préjudicielle ne pouvait pas accorder des mesures provisoires jusqu'au prononcé de sa décision prise à la suite de la réponse de la Cour » (253). Enfin, puisque la juridiction communautaire elle-même possède une compétence en matière de protection provisoire en vertu des articles 185 et 186 du Traité CE, le juge interne devrait disposer d'une compétence identique à l'égard, du moins, des mesures nationales prises en application d'un règlement communautaire dont la validité est mise en cause. Mais, suivant la logique de l'arrêt *Factortame I*, cette compétence ne saurait être limitée à de telles mesures et s'étend aux mesures nationales prétendument contraires au droit communautaire.

(250) *Zuckerfabrik*, point 21.

(251) *Atlanta*, point 30.

(252) *Atlanta*, point 28.

(253) Arrêt du 19 juin 1990, *Factortame* (préc., point 22).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Si, comme le proclame la Cour, la protection provisoire des justiciables doit être la même dans tous les cas où la compatibilité avec le traité d'un acte communautaire ou national est contestée devant le juge interne, une compétence *généralisée* dans le chef de ce dernier en matière de protection provisoire des justiciables communautaires résulte de la conjonction de la motivation contenue, respectivement, dans les arrêts *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft* et *Factortame I* (254).

À cet égard, on peut se demander, avec P. Oliver (255), si la reconnaissance, par le président de la Cour, qu'afin d'assurer au justiciable « une protection juridictionnelle complète et effective », les mesures provisoires susceptibles d'être octroyées par le juge communautaire comprennent, dans le cadre d'un recours en indemnité fondé sur l'article 215, alinéa 2, du Traité CE, l'octroi, à titre de provision, d'une partie ou même de la totalité de l'indemnité réclamée dans le recours au principal (256), signifie que le juge national doit disposer d'un pouvoir identique dans le cadre d'un recours en réparation dirigé contre l'État en cas de dommage causé par une mesure nationale prétendue contraire au droit communautaire (dans des circonstances telles que celles de l'affaire *Brasserie du Pêcheur et Factortame*) ou de préjudice subi du fait de l'application d'une mesure nationale d'exécution d'un règlement communautaire dont la validité, au regard du traité, est contestée (dans des circonstances telles que celles de l'affaire *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*).

(254) Il convient de rappeler que, dans son arrêt *T. Port*, précité, la Cour a déclaré que « le traité n'autorise pas les juridictions nationales à prescrire des mesures provisoires dans le cadre d'une procédure tendant à l'octroi d'une protection provisoire par voie de référé » (*ibid.*, point 62) en cas d'une prétendue carence du législateur communautaire. Cette solution découle, selon la Cour, du fait que la constatation d'une éventuelle carence de l'institution en cause est réservée à la compétence exclusive de la juridiction communautaire et qu'une telle constatation ne saurait faire l'objet d'une demande de décision préjudicielle (*ibid.*, point 53). Cette prise de position est contestable. On peut relever, en premier lieu, que, conformément à l'arrêt *Foto-Frost*, la Cour a une compétence exclusive pour constater l'invalidité d'un acte communautaire. En second lieu, une réponse à une question préjudicielle en interprétation est susceptible de révéler l'existence d'une carence de la part d'une institution communautaire. On peut également souligner qu'alors que le juge national a interrogé la Cour sur les conditions d'octroi des mesures provisoires, elle a nié l'existence même d'une telle compétence dans des circonstances telles que celles de l'espèce. La Cour n'aurait-elle pas dû reconnaître la compétence du juge interne d'accorder au justiciable une protection provisoire en subordonnant l'octroi de telles mesures, à l'instar des arrêts *Zuckerfabrik* et *Atlanta*, à l'obligation de la saisir à titre préjudiciel d'une question permettant d'établir l'existence d'une éventuelle carence de l'institution communautaire ?

(255) Commentaire de l'arrêt de la Cour dans les aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, *Comm. M.L.Rev.*, 1997, pp. 635-658, spéc. p. 649, note n° 36.

(256) Ordonnance du 29 janvier 1997, *Antonissen* (préc., points 35, 36 et 37).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

B. – Les conditions d’octroi des mesures provisoires

Quant aux conditions qui doivent être satisfaites pour que le sursis à exécution, ou toute autre mesure provisoire, soit octroyé par le juge interne, la Cour a considéré que, puisque le pouvoir de ce dernier d’accorder un tel sursis ou toute autre mesure provisoire correspond à la compétence reconnue à la Cour respectivement par les articles 185 et 186 du traité, il convient que le juge interne ne l’accorde que lorsque les conditions du référé devant la Cour sont réunies (257). Le parallélisme établi au niveau de l’existence même de la compétence entraîne une concordance de régime et de mise en œuvre.

Aussi convient-il, dès lors, d’exposer les conditions qui, selon la Cour de justice, devraient être remplies pour que le juge national accorde un sursis à l’exécution d’une décision nationale fondée sur un règlement communautaire ou toute autre mesure provisoire.

La première de ces conditions concerne l’existence de doutes sérieux quant à la validité de l’acte communautaire en cause (258). Et la Cour d’expliquer qu’à l’occasion du renvoi préjudiciel en appréciation de la validité d’un tel acte, le juge national doit indiquer les raisons pour lesquelles, eu égard à la marge d’appréciation réservée à l’institution communautaire, il considère cet acte comme invalide (259).

La seconde condition a trait au caractère provisoire de la mesure. À cet égard, la Cour a déclaré que le juge national ne saurait accorder et/ou maintenir des mesures provisoires qu’aussi longtemps que la Cour n’a pas écarté les moyens d’invalidité invoqués à l’encontre de l’acte communautaire en cause (260).

La troisième condition s’attache à établir l’existence de l’urgence qui se confond, selon la Cour, avec la nécessité d’édicter les mesures demandées pour qu’elles produisent leurs effets avant même que la Cour n’ait pu statuer sur la validité de l’acte communautaire attaqué, afin d’éviter qu’un préjudice grave et irréparable ne soit causé à la partie demanderesse (261).

Par ailleurs, le juge doit prendre en compte l’intérêt de la Communauté à ce que les règlements ne soient pas écartés sans garantie sérieuse (262). Il doit notamment s’assurer qu’à défaut d’application

(257) *Zuckerfabrik*, point 27 ; *Atlanta*, point 39.

(258) *Zuckerfabrik*, point 23.

(259) *Atlanta*, points 36-37.

(260) *Zuckerfabrik*, point 24 ; *Atlanta*, point 38.

(261) *Zuckerfabrik*, point 28 ; *Atlanta*, point 40.

(262) *Zuckerfabrik*, point 30 ; *Atlanta*, point 42.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

immédiate, l'acte communautaire en cause ne se trouverait pas privé de tout effet utile (263). Lorsqu'un risque financier est susceptible d'être encouru par la Communauté du fait de l'octroi des mesures provisoires, le juge doit être en mesure d'imposer au requérant des garanties suffisantes, telles que le versement d'une caution ou la constitution d'un séquestre (264). Il n'est pas certain que les juridictions nationales adoptent la démarche préconisée par la Cour (265).

C. – Le parallélisme entre les conditions de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des États membres en cas de violation du droit communautaire

En matière de responsabilité de l'État pour dommage causé par la violation du droit communautaire, la Cour a déclaré, dans l'arrêt *Braserie du Pêcheur et Factortame*, que « les circonstances de mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas, en l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité de la Communauté dans des circonstances comparables. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage » (266).

La position adoptée par la Cour appelle un certain nombre d'observations. En premier lieu, il convient de remarquer que, dans l'affaire *Factortame I*, à la différence des arrêts *Zuckerfabrik* et *Atlanta*, la Cour n'a pas fondé la compétence du juge national pour accorder une protection provisoire, lorsque la compatibilité d'une mesure nationale avec le droit communautaire est contestée, sur sa propre compétence en vertu des articles 185 et 186 du Traité CE. Certes, dans l'affaire *Factortame I*, était en cause une loi nationale dont la compatibilité avec le traité était contestée, alors que, dans les affaires *Zuckerfabrik* et *Atlanta*, le juge national était saisi d'un recours contre une mesure nationale prise en application d'un règlement communautaire. Mais, dès lors qu'en abordant le principe même de la protection provisoire, la Cour estime que celle-ci ne saurait varier selon que la contestation de validité est dirigée contre une mesure nationale ou communautaire, puisque, « dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit

(263) *Zuckerfabrik*, point 31 ; *Atlanta*, point 43.

(264) *Zuckerfabrik*, point 32 ; *Atlanta*, point 45.

(265) Voy., p. ex., arrêt du 17 juillet 1997, *Affish* (C-183/95, *Rec.*, p. I-4315).

(266) Arrêt du 5 mars 1996, précité, point 42.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

communautaire lui-même » (267), elle aurait pu établir la compétence du juge national pour accorder une protection provisoire à l'occasion d'un litige mettant en cause la compatibilité d'une mesure nationale avec le traité dans les circonstances de l'affaire *Factortame I* en faisant référence, eu égard à l'impératif de cohérence, itérativement souligné, à sa propre compétence en vertu des articles 185 et 186 du Traité CE. Or, dans cette affaire, la Cour a reconnu la compétence du juge national d'octroyer des mesures provisoires pour des raisons tenant, essentiellement, à la « pleine efficacité » (268) du droit communautaire.

Ce sont les mêmes considérations relatives à la « pleine efficacité » du droit communautaire qui ont conduit la Cour à reconnaître, dans l'affaire *Francovich*, la compétence du juge national pour condamner l'État à réparer le dommage causé par la violation du droit communautaire. Elle n'a nullement invoqué sa propre compétence, en vertu des articles 178 et 215, alinéa 2, du traité, de condamner la Communauté à réparer les dommages causés par ses institutions.

En second lieu, on peut relever que, dans l'affaire *Factortame I*, la Cour s'est abstenue de répondre à la question concernant les conditions d'octroi, par le juge national, des mesures provisoires (269), alors que, dans l'arrêt *Zuckerfabrik*, elle a considéré que, pour ne pas compromettre l'application uniforme du droit communautaire, l'octroi du sursis à l'exécution des actes administratifs fondés sur un règlement communautaire doit être soumis à des conditions uniformes (270). Ces conditions s'appliquent à l'octroi, par le juge interne, de toute mesure de référé (271) et, dans l'affaire *Atlanta*, la Cour les a davantage précisées (272).

Si, dès lors que l'action du justiciable est fondée sur une prétendue violation du traité, la protection provisoire qui lui est assurée ne saurait varier en fonction de la nature communautaire ou nationale de la règle contestée, la Cour, si attachée à « la cohérence du système

(267) *Zuckerfabrik*, point 20 ; *Atlanta*, point 24.

(268) Arrêt du 19 juin 1990, *Factortame* (préc., point 21).

(269) Parmi les raisons mises en avant pour expliquer cette omission, R. JOLIET considère que de l'ordonnance de renvoi il apparaissait que le juge interne était disposé à suspendre la mesure nationale en cause si la règle lui déniait ce pouvoir devait être déclarée incompatible avec le traité, et ajoute que, « si l'on avait défini les conditions du sursis, l'on aurait retardé le prononcé de l'arrêt », alors que le juge de renvoi avait demandé que son renvoi préjudiciel soit traité en priorité. Voy. R. JOLIET, avec la collaboration de V. BERTRAND et P. NIHOUL, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *op. cit.*, p. 253, spéc. p. 277. Pour une critique de cette explication, voy. A. BARAV, « Omnipotent courts », in *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, 1994, vol. II, pp. 265-302, spéc. pp. 275-277.

(270) *Zuckerfabrik*, points 25-26.

(271) *Atlanta*, point 33.

(272) *Atlanta*, points 34-50.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

de protection provisoire » n'aurait-elle pas dû déterminer dans l'arrêt *Factortame I* les conditions de l'octroi du sursis, calquées sur celles de l'article 185 du Traité CE, d'autant que la question lui avait été explicitement posée ?

De même, dans l'arrêt *Francovich*, la Cour n'a fait aucune référence à sa propre jurisprudence relative à l'article 215, alinéa 2, du traité et, contrairement à la solution préconisée par l'avocat général Mischo, n'a opéré aucun rapprochement entre les conditions dans lesquelles la Communauté peut être condamnée à réparer le dommage causé aux particuliers par la violation du traité commise par une institution communautaire et celles qui doivent être remplies pour que la responsabilité de l'État soit engagée. F. Schockweiler estime que « la Cour n'entend pas calquer le régime de la responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire sur celui de la responsabilité de la Communauté, l'arrêt *Francovich* ne faisant aucune référence aux conditions auxquelles la jurisprudence de la Cour soumet l'engagement de celle-ci » (273). Mais, peut-être, comme l'écrivent M. Wathelet et S. Van Raepenbush, « [i]l est sûrement plus exact de dire que la Cour n'a pas entendu mener la réflexion jusqu'à son terme et prendre dès son arrêt *Francovich et Bonifaci e.a.* une position définitive sur cette question » (274).

La Cour s'est contentée de déclarer que les conditions requises pour obtenir réparation en cas de dommage causé par l'État « dépendent de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé » (275), expliquant par la suite, par une sorte d'aveugnant, que l'appréciation de ces conditions est fonction de chaque type de situation (276), et a défini, dans l'arrêt *Francovich*, les trois conditions qui doivent être remplies pour que la responsabilité de l'État soit engagée en cas de non-transposition des directives (277).

Les conditions énoncées par la Cour témoignent de la portée, relativement limitée, de la jurisprudence *Francovich* (278). En premier lieu, le

(273) F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation de droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, pp. 27-50, spéc. p. 49.

(274) M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *C.D.E.*, 1997, pp. 13-60, spéc. p. 23.

(275) Arrêt du 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci e.a.* (C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, p. I-5403, point 38).

(276) Arrêt du 8 octobre 1996, *Dillenkofer* (C-178/94, C-179/94, C-188/94 et C-190/94, *Rec.*, p. I-4845, point 24).

(277) *Francovich et Bonifaci e.a.*, points 39-41.

(278) F. SCHOCKWEILER écrit à cet égard : « la formulation de cette première condition devra être comprise en ce sens que la directive ou, du moins, sa disposition pertinente dans l'affaire dont il s'agit, doit avoir pour but de voir conférer dans l'ordre juridique interne, par l'intermé-

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

résultat prescrit par la directive doit comporter l'attribution de droits au profit de particuliers (279). En d'autres termes, l'objet de la directive doit être la création de droits dans le chef des particuliers. Cette condition est confirmée par les arrêts postérieurs et, notamment, par l'arrêt *Faccini Dori* (280), dans lequel la Cour a clairement déclaré que « la directive doit avoir pour objectif que des droits soient attribués à des particuliers » (281). Aussi a-t-elle expliqué, dans l'arrêt *Dillenkofer*, que le fait de reconnaître à l'État une liberté de choix quant à la forme et aux moyens en vue d'atteindre le résultat prescrit par une directive n'a aucune incidence sur sa responsabilité en cas de non-transposition « dès lors que cette directive a pour objectif d'attribuer au profit des particuliers des droits dont le contenu peut être déterminé avec une précision suffisante » (282).

En second lieu, le contenu de ces droits doit être identifiable sur la base des dispositions de la directive (283). Cette condition signifie que les dispositions relatives au contenu des droits à conférer aux particuliers doivent satisfaire aux critères de l'applicabilité directe. En effet, dans le même arrêt *Francovich*, la Cour a constaté que ces dispositions sont « inconditionnelles et suffisamment précises » (284). Dans l'arrêt *Faccini Dori*, la Cour a, de même, considéré que les dispositions de la directive en cause dans cette affaire relatives aux droits visés étaient inconditionnelles et suffisamment précises (285). La même constatation figure dans l'arrêt *Dillenkofer* (286). Si les justiciables dans les affaires *Francovich*, *Faccini Dori* (287) et *El Corte Inglés* (288) ne pouvaient pas invoquer, à l'occasion des recours autres qu'en réparation, devant le juge interne les dispositions des directives en cause relatives aux droits

diaire des mesures de transposition nationales, des droits aux particuliers que ceux-ci pourraient faire valoir, de façon générale, par les moyens du droit national ». Voy., son article, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *op. cit.*

(279) *Francovich et Bonifaci e.a.*, point 39.

(280) Arrêt du 14 juillet 1994, *Faccini Dori* (C-91/92, *Rec.*, p. I-3325).

(281) *Ibid.*, point 27, et la Cour de considérer que la directive en cause « vise incontestablement à ce que des droits soient conférés à des particuliers », point 28. Voy., également, arrêt du 8 octobre 1996, *Dillenkofer* (préc., points 33-42).

(282) *Ibid.*, point 45.

(283) *Francovich et Bonifaci e.a.*, précité, point 39.

(284) *Ibid.*, point 22.

(285) *Faccini Dori*, précité, points 12-18.

(286) Arrêt du 8 octobre 1996, précité, points 43-46. Selon J.-N. PARDON et R. O. DALCQ, « l'application combinée des deux conditions examinées conduit à cette exigence minimale : les dispositions d'une directive qui définissent spécifiquement le contenu des droits des particuliers doivent, en toute hypothèse, être inconditionnelles et suffisamment précises. À défaut, la responsabilité de l'État ne pourra être engagée ». Voy., leur article, « La responsabilité des États membres envers les particuliers en cas de manquements au droit communautaire », *J.T.-dr. eur.*, 1996, pp. 193-204, spéc. p. 196.

(287) Précitées.

(288) Arrêt du 7 mars 1996 (C-192/94, *Rec.*, p. I-1281).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

qui devaient leur être conférés, c'était pour des raisons extérieures au caractère intrinsèque de ces dispositions. Dans l'affaire *Francoovich*, la cause en était l'absence de dispositions permettant d'identifier le débiteur ; dans les affaires *Faccini Dori* et *El Corte Inglés*, c'était l'absence d'effet direct horizontal des dispositions pertinentes (289).

En troisième lieu, il doit y avoir un lien de causalité entre la violation du droit communautaire par l'État et le dommage subi par les personnes lésées (290). En l'espèce, la violation du droit communautaire consistait en l'absence totale de transposition d'une telle directive, en méconnaissance de l'article 189 du Traité CE (291).

En revanche, dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, la Cour a considéré que, dans les domaines dans lesquels l'État dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour la mise en œuvre d'une politique économique par l'adoption d'actes normatifs, comparable à celui qui est reconnu aux institutions communautaires, les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État peut être engagée « doivent être, en principe, les mêmes que celles dont dépend la responsabilité de la Communauté dans une situation comparable » (292). Cette prise de position consacre, comme l'a remarqué F. Fines, une véritable « communautarisation », c'est-à-dire « une uniformisation par alignement sur la jurisprudence communautaire » des conditions d'exercice des recours nationaux (293). Selon l'avocat général Tesauro, dans des situations comparables, « il n'y a pas lieu d'appliquer des critères différents selon que la violation du droit communautaire en cause est imputable à un État ou à une institution communautaire » (294). Et M. Tesauro de conclure qu'« il serait pour le moins singulier d'affirmer, par rapport

(289) Dans *Dillenkofer*, la question ne s'est pas posée, car le requérant a introduit directement un recours en réparation contre l'État.

(290) Arrêt *Francoovich et Bonifaci e.a.*, précité, point 39.

(291) À cet égard, W. VAN GERVEN écrit : « *the proposition that Community law provisions lacking direct effect can give rise to State liability is not warranted by the Court's Francoovich judgment, since, in that decision, the Court did not base the plaintiff's right to reparation directly on the provisions of the directive which conferred specific rights, but used these provisions to flesh out provisions of the Treaty and of the directive which, in themselves, were sufficiently precise and unconditional in order to base the right to reparation thereon in principle* ». Voy. W. VAN GERVEN, « Non-contractual liability of member states, Community institutions and individuals for breaches of Community law with a view to a common law for Europe », in VAN GERVEN et ZULEEG (éd.), *Les sanctions comme moyens pour la mise en œuvre du droit communautaire*, Köln, 1996, pp. 29-54, spéc. p. 41.

(292) *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, point 47.

(293) F. FINES, « Quelle obligation de réparer pour la violation du droit communautaire ? », *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, pp. 69-101, spéc. p. 80, et note 65. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, l'avocat général TESAURO a évoqué l'« indispensable harmonisation des éléments de la responsabilité » (point 68).

(294) Conclusions sous l'arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, point 67.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

à des situations équivalentes, la responsabilité des États pour violation du droit communautaire en la soumettant à des conditions autres, moins strictes, que celles auxquelles la Cour reconnaît la responsabilité des institutions communautaires » (295). L'avocat général estime que, « [d]ans une Communauté de droit... l'exigence d'une protection effective des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier, à égalité des situations, selon qu'un État membre ou la Communauté est à l'origine du dommage » (296).

Outre l'exigence d'un lien de causalité *direct* entre la violation du traité par l'État et le dommage causé aux particuliers (297), la responsabilité de l'État ne saurait être engagée que lorsque « la règle communautaire violée [a] pour objet de conférer des droits aux particuliers » et que « la violation [est] suffisamment caractérisée » (298).

On peut douter que « ces conditions satisfont... aux exigences de la pleine efficacité des normes communautaires et de la protection effective des droits qu'elles reconnaissent » (299). Comme l'a remarqué J. Boulouis, « le régime de la responsabilité extracontractuelle des Communautés – du moins de la CE – tel que construit par la jurisprudence est loin de répondre à l'objectif d'une pleine efficacité du droit communautaire et d'une protection effective des droits qu'il confère aux particuliers » (300).

On peut également contester l'affirmation selon laquelle « ces conditions correspondent en substance à celles que la Cour a dégagées au titre de l'article 215 dans sa jurisprudence relative à la responsabilité de la Communauté pour des dommages causés aux particuliers par des actes normatifs illégaux de ses institutions » (301).

En effet, la responsabilité de la Communauté au titre de l'article 215, alinéa 2, du traité ne saurait être engagée, selon la jurisprudence de la Cour, que lorsqu'une règle supérieure de droit pour la protection des particuliers a été méconnue. Cette notion n'est pas identique à celle

(295) *Ibid.*, point 68.

(296) *Ibid.*

(297) Arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, point 51. On peut relever qu'en matière de responsabilité de l'État en cas de non-transposition des directives, la Cour n'exige, à ce titre, qu'« un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées » (arrêts *Francovich et Bonifaci e.a.*, préc., point 39 ; *Dillenkofer*, préc., points 22 et 27), et non pas un lien de causalité direct.

(298) Arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, précité, point 51.

(299) *Ibid.*, point 52.

(300) J. BOULOUIS, « Sur la responsabilité des États membres des Communautés européennes pour les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables », *Gaz. eur.*, 1-3 décembre 1996, pp. 5-10, spéc. p. 7.

(301) Arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, précité, point 53.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

d'une règle ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ou d'une règle d'effet direct.

La Cour opère une double confusion. D'une part, elle assimile une règle dont l'objet est de conférer des droits aux particuliers à une règle d'effet direct. D'autre part, elle paraît, implicitement, considérer qu'une telle règle constitue une règle supérieure de droit pour la protection des particuliers. Tel n'est pas le cas.

Ont été reconnus comme des règles supérieures de droit protégeant les particuliers les principes tels que le respect des droits acquis (302) et de la confiance légitime (303), la non-discrimination (304), la proportionnalité (305) et la non-rétroactivité (306) (307). Ces principes ne se confondent pas avec ceux consacrant la libre circulation des marchandises ou la liberté d'établissement (308). Pourtant, dans

(302) Arrêt du 10 décembre 1975, *Union nationale des coopératives agricoles de céréales c. Commission et Conseil* (95 à 98/74, 15 et 100/75, *Rec.*, p. 1615).

(303) Arrêts du 8 juin 1977, *Merkur c. Commission* (97/76, *Rec.*, p. 1603) ; du 14 mai 1975, *C.N.T.A. c. Commission* (74/74, *Rec.*, p. 533) ; du 19 mai 1992, *Mulder c. Conseil et Commission* (C-104/89 et C-37/90, *Rec.*, p. I-3061) ; et du 28 avril 1988, *Von Deetzen* (170/86, *Rec.*, p. 2355).

(304) Arrêts du 2 décembre 1971, *Zuckerfabrik Schoeppenstedt*, précité ; du 13 juin 1972, *Compagnie d'approvisionnement c. Commission* (9 et 11/71, *Rec.*, p. 391), et du 25 mai 1978, *Bayerische HNL c. Conseil et Commission*, précité.

(305) Arrêts du 13 novembre 1973, *Werhahn Hansamühle c. Conseil* (63-69/72, *Rec.*, p. 1229), et du 14 janvier 1987, *Zuckerfabrik Bedburg c. Conseil et Commission* (281/84, *Rec.*, p. 49).

(306) Arrêts du 14 mai 1975, *C.N.T.A.*, précité, et du 8 juin 1977, *Merkur*, précité.

(307) Dans l'arrêt *Nölle* (arrêt du 18 septembre 1995, T-167/94, *Rec.*, p. II-2589), le Tribunal a reconnu que le principe de sollicitude constitue une règle protectrice, mais ne s'est pas prononcé sur la qualification de règle supérieure de droit (*ibid.*, points 76-77). On peut se demander si la jurisprudence selon laquelle « l'insuffisance de motivation d'un acte réglementaire n'est pas de nature à engager la responsabilité de la Communauté » (arrêts du 15 septembre 1982, *Kind c. Communauté économique européenne*, 106/81, *Rec.*, p. 2885, point 14 ; du 6 juin 1990, *AERPO c. Commission*, C-119/88, *Rec.*, p. I-2189, point 20 ; du 15 décembre 1994, *Unifruit Hellas*, préc., point 41 ; du 18 septembre 1995, *Nölle*, préc., point 57 ; et du 15 avril 1997, *Aloys Schröder c. Commission*, T-390/94, *Rec.*, p. II-501, point 66) ne devrait pas être revue. En effet, dès lors que la nature réglementaire de l'acte n'exclut pas, *per se*, la mise en cause de sa légalité par une personne privée dans le cadre d'un recours en annulation et que, dans l'arrêt *Kind*, la Cour a expliqué que, « dans la perspective du système des voies de recours, la motivation des actes institutionnels a pour but de permettre à la Cour d'exercer son contrôle de légalité dans le cadre de l'article 173 en faveur des justiciables auxquels ce recours est ouvert par le traité » (arrêt du 15 septembre 1982, *Rec.*, p. 2885, point 14), l'obligation de motivation ne devrait-elle pas être reconnue comme une règle supérieure de droit protégeant les particuliers ?

(308) « [C]es règles supérieures de droit », écrivent MM. F. SCHOCKWEILER, G. WIVENES et J. M. GODART, « coïncident, dans une large mesure, avec les principes fondamentaux ou généraux du droit communautaire que la Cour place au sommet de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique communautaire » ; elles « se voient reconnaître, de par leur fonction et leur contenu, une importance particulière dans l'ordre juridique communautaire et revêtent de ce fait même, dans la plupart des cas, un caractère protecteur des administrés ». Voy., leur étude, « Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *op. cit.*, spéc. pp. 59 et 60. On peut rappeler que le vice d'incompétence dont est entaché un acte des institutions ne saurait permettre d'engager la responsabilité de la Communauté, puisque, dans son arrêt *Vreugdenhil*, la Cour a considéré que « le système de répartition de compétences entre les différentes institutions de la Communauté a pour but d'assurer le respect de l'équilibre

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

son arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, la Cour a considéré que la violation de dispositions telles que les articles 30 et 52 du traité, étant directement applicables et conférant aux particuliers des droits qui peuvent être invoqués devant le juge national, peut donner lieu à réparation (309). Elle a, en outre, rappelé que l'article 30 du traité crée des droits en faveur des particuliers que les juridictions nationales doivent sauvegarder et que « l'article 52 du traité confère, par essence, des droits aux particuliers » (310). De même, dans son arrêt *Hedley Lomas* (311), la Cour a rappelé que la première condition devant être remplie pour qu'un particulier se voie reconnaître un droit à réparation est que « la règle de droit violée [ait] pour objet de conférer des droits aux particuliers » (312). La Cour a considéré que, bien que l'article 34 du traité, en cause dans cette affaire, impose une interdiction aux États membres, « il n'engendre pas moins, pour les particuliers, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder » (313).

Si, par cette prise de position, la Cour entend assouplir les conditions de mise en jeu de la responsabilité de la Communauté en remplaçant l'exigence d'une méconnaissance d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers par la violation d'une règle communautaire directement applicable, on ne saurait que s'en féliciter. Notons, cependant, que le Tribunal de première instance continue à reproduire, dans ses arrêts postérieurs à l'arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, la formule traditionnelle en matière de responsabilité de la Communauté et à exiger, pour que celle-ci puisse être engagée, qu'une règle supérieure de droit pour la protection des particuliers ait été violée (314).

La condition relative à l'existence d'une violation suffisamment caractérisée est remplie dès lors que l'État, à l'instar de l'institution communautaire, a dépassé d'une manière manifeste et grave les limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation (315). Cette exigence, estime W. Van Gerven, « *may actually lead to virtual immunity for any kind of conduct on the part of the legislature which does not manifestly*

institutionnel prévu par le traité, et non pas la protection des particuliers » (arrêt du 13 mars 1992, C-282/90, *Rec.*, p. I-1937, point 20).

(309) Arrêt du 5 mars 1996, point 23.

(310) *Ibid.*, point 54.

(311) Arrêt du 23 mai 1996 (C-5/94, *Rec.*, p. 2553).

(312) *Ibid.*, point 25.

(313) *Ibid.*, point 27.

(314) Voy., p. ex., arrêts du 15 avril 1997, *Aloys Schröder* (préc., point 52), et du 11 juillet 1997, *Oleifici Italiani* (préc., point 22).

(315) Arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, précité, point 55.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

fly in the face of Community law » (316). En présence d'une marge d'appréciation réduite ou inexistante, « la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée » (317). L'exigence d'une violation suffisamment caractérisée qui, dans la jurisprudence relative à la responsabilité de la Communauté, s'explique essentiellement par le caractère normatif de l'acte générateur du préjudice a été étendue par la Cour, sans aucune motivation à propos de la responsabilité de l'État, à l'hypothèse d'une décision administrative individuelle dont la conformité avec le traité a été contestée (318). Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Dillenkofer*, la responsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire ne saurait être engagée, quel que soit le comportement étatique à l'origine du préjudice subi, qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée (319). L'absence de toute mesure de transposition d'une directive, telle que visée par l'arrêt *Francovich*, dans le délai prescrit « constitue en elle-même une violation caractérisée du droit communautaire » (320) puisque la date butoir pour sa transposition ne laisse à l'État membre aucune marge d'appréciation (321). Et la Cour estime que cette exigence, bien que non mentionnée dans l'arrêt *Francovich*, était néanmoins inhérente aux circonstances de l'affaire (322).

Indiquant les facteurs qui pourraient être considérés par le juge national afin d'apprécier si la violation étatique est suffisamment caractérisée, la Cour relève, dans son arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, « le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, les circonstances que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire » (323). « En tout état de cause », a-t-elle poursuivi, « une violation du droit communautaire est manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré le prononcé

(316) W. VAN GERVEN, « Bridging the unbridgeable: Community and national tort law after *Francovich* and *Brasserie* », *I.C.L.Q.*, 1996, pp. 507-544, spéc. p. 529.

(317) Arrêt du 8 octobre 1996, *Dillenkofer* (préc., point 25).

(318) Arrêt du 23 mai 1996, *Hedley Lomas* (préc., point 26).

(319) Arrêt du 8 octobre 1996 (préc., point 23).

(320) *Ibid.*, point 29.

(321) *Ibid.*, points 26, 53 et 54.

(322) *Ibid.*, point 23.

(323) *Ibid.*, point 56.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

d'un arrêt constatant le manquement reproché, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, desquels résulte le caractère infractionnel du comportement en cause » (324). Si la présence concomitante de tous ces facteurs n'est pas requise, il n'en demeure pas moins que, comme l'a remarqué W. Van Gerven, « *the absence of any one of them may prevent the finding of such a breach, which may show that the Court's approach severely restricts situations in which liability may arise* » (325).

En dépit de l'affirmation de la Cour que « la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage » (326) et que les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État peut être engagée doivent être identiques à celles relatives à la responsabilité de la Communauté (327), force est de constater que les éléments fournis par la Cour pour que le juge interne soit en mesure d'établir la gravité de la violation étatique ne sont pas ceux que la Cour elle-même retient pour apprécier si la violation du traité par l'institution communautaire est suffisamment caractérisée.

Ainsi, dans l'arrêt *Dumortier Frères* (328), pour admettre que le législateur a commis une violation suffisamment caractérisée en adoptant un règlement dont l'invalidité a été reconnue, la Cour a souligné l'« importance particulière » de l'interdiction de discrimination entre producteurs ou consommateurs dans le cadre de l'organisation commune des marchés agricoles, énoncée par l'article 40, paragraphe 3, alinéa 2, du Traité CE, a constaté que l'égalité entre les producteurs en cause, initialement respectée, « a été rompue... sans justification suffisante », a observé qu'« un groupe restreint et nettement délimité d'opérateurs économiques » a été atteint par le règlement en question, et a déclaré que « le dommage allégué par les requérantes dépasse les limites des risques économiques inhérents aux activités dans les secteurs concernés » (329). La Cour a, en outre, considéré que la méconnaissance par le Conseil des limites qui s'imposent à l'exercice de son pouvoir d'appréciation était d'autant plus manifeste qu'il n'a donné aucune suite à une proposition de la Commission tendant à rétablir l'égalité de traitement entre les producteurs concernés (330).

(324) *Ibid.*, point 57.

(325) W. VAN GERVEN, « Bridging the unbridgeable », *op. cit.*, spéc. p. 527.

(326) Arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, précité, point 42.

(327) *Ibid.*, point 47.

(328) Arrêt du 4 octobre 1979, *Dumortier Frères c. Conseil*, précité.

(329) *Ibid.*, point 11.

(330) *Ibid.*, point 12.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Dans l'arrêt *Mulder* (331), la violation par le législateur communautaire du principe de la confiance légitime était considérée par la Cour comme suffisamment caractérisée pour que la responsabilité de la Communauté soit engagée, car « la situation particulière d'une catégorie nettement distincte d'opérateurs économiques » a été totalement ignorée en l'absence « d'un intérêt public supérieur » (332). La violation commise par le législateur communautaire était, en l'espèce, « d'autant plus évidente » que la mesure adoptée par lui ne pouvait être considérée « ni comme prévisible, ni comme entrant dans les limites des risques économiques normaux inhérents à l'activité » en cause (333).

Enfin, dans l'arrêt *Sofrimport* (334), la Cour a retenu deux facteurs pour établir le caractère suffisamment caractérisé de la violation du principe de confiance légitime méconnu par la Commission. Elle a, d'une part, constaté que la situation de certains opérateurs économiques, dont la requérante, qui devait être spécifiquement considérée, ne l'a pas été sans qu'aucun « intérêt public péremptoire » n'ait été invoqué pour justifier cette omission (335). Elle a affirmé, d'autre part, que le dommage allégué par la requérante dépassait « les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné », alors que la disposition violée avait précisément pour but de réduire ces risques (336).

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Mulder*, l'avocat général Van Gerven a examiné la notion de « violation suffisamment caractérisée », que l'expression « méconnaissance manifeste et grave » ne fait qu'expliquer (337). Selon lui, ces expressions sont synonymes (338). Considérant que l'exigence de « violation suffisamment caractérisée » comprend une composante relative à la nature et à la gravité de la violation et une composante qui tient à la nature du dommage qui en résulte (339), l'avocat général Van Gerven a relevé que, parmi les circonstances retenues par la Cour pour établir le caractère suffisamment caractérisé de la violation, « figurent ainsi à la fois des circonstances relatives au caractère grave et injustifiable ou inexcusable de la violation, qui concernent donc plus particulièrement l'illégalité de l'acte et des circonstances relatives à la catégorie des personnes lésées, et au fait que le dommage

(331) Arrêt du 19 mai 1992, *Mulder*, précité.

(332) *Ibid.*, point 16.

(333) *Ibid.*, point 17.

(334) Arrêt du 26 juin 1990, *Sofrimport*, précité.

(335) *Ibid.*, point 27.

(336) *Ibid.*, point 28.

(337) Conclusions sous l'arrêt du 19 mai 1992, précité, point 15.

(338) *Ibid.*, p. I-3104.

(339) *Ibid.*, p. I-3103.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

qui leur a été causé dépasse ou non les limites d'un risque normal, qui concernent donc plus précisément le dommage causé par l'acte » (340).

D'autre part, alors que la Cour estime qu'une violation du traité qui perdure malgré le prononcé d'un arrêt en manquement est *ipso facto* caractérisée, il est intéressant de relever que, dans sa *Communication relative à la mise en œuvre de l'article 171 du traité* (341), la Commission a indiqué qu'en cas d'infraction mineure, elle s'abstiendrait de demander à la Cour l'imposition d'une sanction dans le cadre d'un recours en « manquement sur manquement ». Parmi les critères qu'elle appliquerait pour déterminer le montant de la sanction pécuniaire en cas de non-exécution d'un arrêt, que la Commission reconnaît être « toujours d'une gravité certaine », figure la gravité de l'infraction. Pour apprécier la gravité du non-respect par l'État de l'arrêt constatant son manquement à ses obligations communautaires, la Commission considère l'importance des dispositions communautaires méconnues, les effets de la violation sur les intérêts généraux communautaires, les particuliers et les opérateurs économiques.

La jurisprudence ne permet pas de connaître la position exacte de la Cour en ce qui concerne l'étendue de l'indemnisation due à la victime de la violation du droit communautaire. Dans l'arrêt *Marshall* (342), la Cour explique que « la réparation pécuniaire... doit être adéquate en ce sens qu'elle doit permettre de compenser intégralement les préjudices effectivement subis... » (343). Ainsi, pour être considérée comme adéquate, la réparation doit être intégrale. Cependant, d'un arrêt antérieur à l'arrêt *Marshall*, et de plusieurs arrêts rendus postérieurement, l'équation entre réparation « adéquate » et réparation « intégrale » fait défaut. Ainsi, dans l'arrêt *Van Colson et Kamann* (344), la Cour indique que l'indemnité octroyée doit être « adéquate par rapport aux préjudices subis » (345). De même, dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, la Cour souligne que « la réparation des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire doit être adéquate au préjudice subi, de nature à assurer une protection effective de leurs droits » (346). Dans des arrêts rendus le 10 juillet 1997, la Cour rappelle qu'il appartient au juge national de veiller à ce que la réparation du préjudice causé aux titulaires des droits conférés par le droit communautaire par la violation

(340) *Ibid.*, p. I-3104.

(341) *J.O.C.E.*, 1996, C 242, p. 6.

(342) Arrêt du 2 août 1993 (C-271/91, *Rec.*, p. I-4400).

(343) *Ibid.*, point 26.

(344) Arrêt du 10 avril 1984 (14/83, *Rec.*, p. 1891).

(345) *Ibid.*, points 23 et 28.

(346) Arrêt du 5 mars 1996, précité, point 82.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

de ce dernier soit adéquate (347). Pourtant, dans l'arrêt *Mulder* (348), la Cour a déclaré que « le montant des indemnités dues par la Commission doit correspondre aux dommages causés par celle-ci » (349), ce qui a conduit l'avocat général Van Gerven à considérer que, selon la Cour, « la réparation du préjudice doit être intégrale » (350).

On peut relever que la Cour ne fait aucune référence à sa propre jurisprudence (elle-même inspirée par les principes communs aux droits des États membres) lorsqu'elle exige qu'au montant principal de l'indemnité octroyée par le juge national en cas de violation du droit communautaire soient ajoutés des intérêts qui sont destinés, selon elle, à « compenser la perte subie par le bénéficiaire de la réparation du fait de l'écoulement du temps jusqu'au paiement effectif du capital accordé » (351).

La Cour considère, en outre, que l'action en indemnité dirigée contre l'État et introduite devant le juge national constitue, dans certaines circonstances, un palliatif. Ainsi, par exemple, elle a tenu à rappeler, dans les arrêts *Faccini Dori* (352) et *El Corte Inglés* (353), qu'en l'absence d'effet direct horizontal des directives, et dans le cas où le résultat prescrit par la directive serait insusceptible d'être atteint par la voie d'interprétation judiciaire, les États membres ont l'obligation de réparer les dommages que l'absence de transposition a causés aux particuliers, dès lors que les conditions énoncées dans l'arrêt *Franovich* (354) sont remplies (355). Dans l'arrêt *Faccini Dori*, la Cour a précisé que, « [d]ès lors qu'il y aurait dommage et que ce dommage serait dû à la violation par l'État de l'obligation qui lui incombait, il appartiendrait à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre du droit national de la responsabilité, le droit des consommateurs lésés à obtenir réparation » (356).

Dans l'arrêt *Comateb* (357), la Cour a réitéré ce qu'elle avait admis dès l'arrêt *Hans Just* (358), à savoir que le juge saisi d'une demande

(347) Arrêts du 10 juillet 1997, *Bonifaci & Berto* (C-94/95 et C-95/95, *Rec.*, p. I-3969, points 53 et 54), *Maso* (C-373/95, *Rec.*, p. I-4051, point 41) et *Palmisani* (préc., point 53).

(348) Arrêt du 19 mai 1992 (C-104/89 et C-37/90, *Rec.*, p. I-3061).

(349) *Ibid.*, point 34.

(350) Conclusions sous l'arrêt du 13 avril 1994, *Banks* (C-128/92, *Rec.*, p. I-1202, spéc. p. I-1259, point 54).

(351) Arrêt du 2 août 1993, *Marshall* (préc., point 32).

(352) Arrêt du 14 juillet 1994, précité, point 27.

(353) Arrêt du 7 mars 1996, précité, point 22.

(354) Arrêt du 19 novembre 1991, précité.

(355) W. VAN GERVEN considère, à cet égard, que la conjonction de l'obligation de procéder à une interprétation conforme et d'indemniser la personne lésée « *render the refusal to acknowledge the horizontal effect of directives... of little interest* ». Voy., son article, « Bridging the unbridgeable », *op. cit.*, spéc. p. 516, note 39.

(356) *Rec.*, p. I-3325, point 29.

(357) Arrêt du 14 janvier 1997 (C-192/95 à C-218/95, *Rec.*, p. I-165).

(358) Arrêt du 27 février 1980 (68/79, *Rec.*, p. 501).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

de restitution d'une taxe perçue contrairement au droit communautaire peut, conformément au droit national, prendre en considération, en statuant sur une telle demande, le préjudice éventuellement subi par le requérant du fait du versement de ladite taxe. Elle a souligné que, « si les normes de droit interne permettent à l'opérateur, dans le cadre du litige au principal, de faire valoir un tel préjudice, il appartient au juge national d'en tirer les conséquences » (359). Nonobstant cette possibilité, et indépendamment de la question de la répercussion de la taxe, « les opérateurs ne sauraient être empêchés de saisir les juridictions compétentes pour réclamer la réparation du dommage subi en raison de la perception de la taxe indue » (360).

Enfin, ayant considéré dans l'arrêt *Sutton* (361) que le droit communautaire n'exige pas le versement d'intérêts moratoires en cas de paiement des arriérés de prestations de sécurité sociale lorsque le retard est dû à une méconnaissance, par les autorités nationales, d'une directive communautaire, la Cour a rappelé sa jurisprudence relative à l'obligation des États membres de réparer le dommage causé à un particulier par la violation du droit communautaire et a souligné que, « [d]ans l'hypothèse où les conditions d'une telle obligation sont remplies, il appartient au juge national de tirer les conséquences de ce principe » (362). « C'est au juge interne », a-t-elle précisé, « qu'il appartient d'apprécier, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, si le requérant a droit à réparation et, le cas échéant, de déterminer le montant de cette réparation » (363).

D. – La répétition de l'indu

Le droit du justiciable d'obtenir le remboursement de montants perçus par l'administration nationale ou par une entreprise publique (364) en violation du droit communautaire constitue, selon la Cour de justice, « la conséquence et le complément » du droit conféré aux justiciables par les dispositions communautaires interdisant la perception de telles sommes (365).

(359) Arrêt du 14 janvier 1997, *Comateb* (C-192/95 à C-218/95, *Rec.*, p. I-165, point 33).

(360) *Ibid.*, point 34.

(361) Arrêt du 22 avril 1997, précité.

(362) *Ibid.*, point 35.

(363) *Ibid.*, point 34.

(364) Arrêt du 17 juillet 1997, *GT-Link* (C-242/95, *Rec.*, p. I.4449, point 59).

(365) Arrêts du 9 novembre 1983, *San Giorgio* (199/82, *Rec.*, p. 3595, point 12), du 2 février 1988, *Barra* (309/85, *Rec.*, p. 355, point 17), du 14 janvier 1997, *Comateb* (préc., point 20), du 17 juillet 1997, *Texaco* (préc., point 45) et *GT-Link* (préc., point 58), et du 2 décembre 1997, *Fantask* (préc., point 38).

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Plus précisément, le droit au remboursement des taxes nationales perçues en violation du droit communautaire découle de l'effet direct de la disposition communautaire violée interdisant ces taxes (366). Comme l'a souligné l'avocat général Mancini, « le droit au remboursement de sommes perçues contrairement aux règles communautaires procède de l'ordre juridique communautaire qui, par conséquent, le garantit » (367).

Mais la restitution des sommes perçues en violation du droit communautaire n'est qu'un « *second best* ». La disposition interdisant cette perception engendre dans le chef du justiciable « un droit au non-paiement » (368). En effet, dans l'arrêt *Denkavit Italiana*, la Cour a parlé de l'incompatibilité d'une taxe nationale avec le droit communautaire et de « l'interdiction corrélatrice de la percevoir » (369). Plus clairement, la Cour a déclaré, dans l'arrêt *Lewis*, que les dispositions communautaires directement applicables « constituent un moyen de défense opposable à une demande visant à obtenir le paiement d'une taxe incompatible avec ces dispositions et qu'elles peuvent également fonder une demande visant à obtenir la restitution d'une telle taxe perçue indûment » (370).

La Cour a récemment rappelé que le droit au remboursement des taxes nationales contraires au droit communautaire souffre d'une exception : « la protection des droits garantis en la matière par l'ordre juridique communautaire n'impose pas le remboursement des impôts, droits et taxes perçus en violation du droit communautaire lorsqu'il est établi que la personne astreinte au paiement de ces droits les a effectivement répercutés sur d'autres sujets » (371). Ainsi formulée, cette affirmation tend à ériger l'exigence de non-répercussion en principe d'application générale, alors que tel ne saurait être le cas.

(366) Arrêt du 29 juin 1988, *Deville* (240/87, *Rec.*, p. 3513, point 11).

(367) Conclusions sous l'arrêt du 9 novembre 1983, *San Giorgio* (préc., spéc. p. 3624).

(368) Arrêt du 5 février 1976, *Bresciani* (87/75, *Rec.*, p. 129, point 26).

(369) Arrêt du 27 mars 1980 (61/79, *Rec.*, p. 1205, point 12).

(370) Arrêt du 13 décembre 1983 (222/82, *Rec.*, p. 4083, point 39). Dans le même sens, M. WAELBROECK considère que l'interdiction imposée aux États membres de percevoir une taxe déterminée donne naissance au droit d'effectuer l'opération sur laquelle porte la taxe sans devoir payer celle-ci. Au cas où la taxe aurait été payée dans le passé, le droit d'exiger le remboursement intégral du montant payé en découle logiquement. Voy., son article, « La nature du droit au remboursement des montants payés contrairement au droit communautaire », in *Liber amicorum J. Mertens de Wilmars*, Antwerpen-Zwolle, 1982, pp. 429-439, spéc. p. 435.

(371) Arrêts du 14 janvier 1997, *Comateb* (préc., point 21), et du 17 juillet 1997, *GT-Link* (préc., point 58). Notons que, dans l'arrêt du 29 juin 1988, *Deville* (préc., point 11), la Cour a considéré que l'obligation de remboursement incombe à l'État, dès lors que le contribuable n'a pas la possibilité de répercuter la taxe perçue en violation du traité.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

Dans les arrêts *Hans Just* (372), *Denkavit Italiana* (373) et *San Giorgio* (374), auxquels elle se réfère dans son arrêt *Comateb* (375), la Cour n'a admis le droit des juridictions nationales de prendre en considération la répercussion effective, par l'assujetti, de la taxe perçue en violation du droit communautaire que « conformément à leur droit national ». En d'autres termes, pour que la répercussion de la taxe illégalement perçue puisse justifier l'absence du remboursement, il faut qu'une telle règle soit consacrée par le droit national par rapport aux taxes nationales perçues en violation du droit national (376). C'est, d'ailleurs, l'approche généralement suivie par la Cour (377).

Alors que le juge de renvoi dans l'affaire *Comateb* a clairement indiqué, dans son ordonnance, que le montant de l'octroi de mer litigieux a été répercuté par les requérantes au principal sur les acheteurs (378) et que la Cour a considéré que « la question de la répercussion ou de la non-répercussion dans chaque cas d'une taxe indirecte constitue une question de fait qui relève de la compétence du juge national... » (379), elle a cru, néanmoins, devoir aborder l'hypothèse d'une répercussion totale et celle d'une répercussion partielle. Elle estime que, même lorsqu'elle est imposée par la loi, la répercussion de la totalité de la taxe en cause n'aurait pas nécessairement lieu (380). Restituer au contribuable le montant d'une taxe qu'il a répercutée sur l'acheteur pourrait, selon la Cour, conduire à un enrichissement sans cause de ce dernier, circonstance qui justifierait le non-remboursement. Cependant, la Cour reconnaît qu'un tel enrichissement sans cause ne résulterait pas automatiquement de la restitution des taxes illégalement perçues, même en cas de leur répercussion, totale ou partielle (381). En effet, le fait d'avoir acquitté une taxe illégale pourrait, nonobstant la répercussion totale ou partielle de celle-ci, causer un préjudice au contribuable. Un tel préjudice peut résulter de la diminution du volume

(372) Arrêt du 27 février 1980 (préc., point 26).

(373) Arrêt du 27 mars 1980 (préc., point 26).

(374) Arrêt du 9 novembre 1983 (préc., point 13).

(375) Arrêt du 14 janvier 1997 (préc., point 21).

(376) On pourrait considérer que le « principe d'équivalence » et de non-discrimination permet d'aboutir à une telle conclusion.

(377) Ainsi, la Cour a déclaré, dans les arrêts *McCarren* (arrêt du 26 juin 1979, 177/78, *Rec.*, p. 2161) et *Lewis* (arrêt du 13 décembre 1983, préc.), qu'il appartient au juge national d'apprécier, selon son droit national, dans quelle mesure l'avantage dont jouit le contribuable, en contrepartie du paiement de la taxe contraire au droit communautaire, doit être pris en considération lors de la décision sur son remboursement (arrêt *McCarren*, point 25 ; arrêt *Lewis*, point 41).

(378) Arrêt du 14 janvier 1997, précité, point 5.

(379) *Ibid.*, point 25.

(380) *Ibid.*, point 26.

(381) *Ibid.*, point 29.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

des ventes des produits concernés en raison de l'augmentation du prix provoqué par le paiement de la taxe induite (382). Dans de telles circonstances, il appartient au juge national, lorsque le droit interne permet au justiciable d'invoquer un tel préjudice, d'en tenir compte (383), et la Cour rappelle l'arrêt *Hans Just* (384), dans lequel elle a déclaré qu'« [i]l serait... conforme aux principes du droit communautaire que les juridictions saisies de demandes de récupération prennent en considération, selon leur droit national, le préjudice qu'un importateur peut avoir subi du fait que des mesures fiscales discriminatoires ou protectrices ont eu pour effet de restreindre le volume des importations en provenance d'autres États membres » (385). En d'autres termes, la répercussion, même intégrale, d'une taxe contraire au droit communautaire ne saurait exclure le remboursement de celle-ci. Le justiciable devrait établir l'importance du préjudice subi et le juge devrait, dans de telles circonstances, enjoindre à l'administration nationale de restituer au contribuable une somme équivalant à son préjudice.

On comprend mal l'attachement de la Cour au principe de la répercussion, critiqué pourtant par la doctrine majoritaire (386). L'appauvrissement du *solvens* n'est nullement une condition de la répétition de l'indu et l'on ne saurait soutenir que la restitution du montant illégalement perçu résulterait en un enrichissement sans cause du contribuable en cas de répercussion de ce montant sur un tiers, puisque la cause du paiement effectué par ce dernier réside, précisément, dans le transfert de propriété de la chose vendue ou la prestation de service rendu (387). Préconisant « [u]n minimum de réalisme » à cet égard (388), l'avocat général Tesaurò a soutenu qu'une présomption de répercussion ne saurait, en fait, être détruite par le contribuable et que, dès lors, le droit à la répétition de l'indu serait vidé de toute substance. De même, une présomption de non-répercussion serait insusceptible d'être infirmée par l'administration, ce qui entraînerait, pour le contribuable toujours, et en tout état de cause, le droit d'obtenir la restitution. « Dans les deux cas », déclare l'avocat général, « la conclusion sera la même : la répercussion n'a – ni ne devrait avoir – aucune incidence pour la resti-

(382) *Ibid.*, point 32.

(383) *Ibid.*, point 33.

(384) *Ibid.*, point 30.

(385) Arrêt du 27 février 1980, *Hans Just* (préc., point 26).

(386) Voy., p. ex., F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 442-470, et M. WAELBROECK, « La nature du droit au remboursement des montants payés contrairement au droit communautaire », *op. cit.*

(387) Voy. F. HUBEAU, *op. cit.*, spéc. p. 450. Voy., également, D. BERLIN, « Droit communautaire et fiscalité », *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 1610, spéc. pp. 25 et s.

(388) Conclusions sous l'arrêt du 14 janvier 1997, *Comateb*, précité.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

tution » (389). Indépendamment de la question relative à la charge et à l'administration de la preuve concernant la répercussion ou la non-répercussion, le droit au remboursement des taxes perçues en violation du droit communautaire est, en fait, anéanti dès lors que son exercice est subordonné à l'absence de répercussion sur l'acheteur. Aussi, l'avocat général Tesauro a-t-il proposé à la Cour de « dire en termes explicites que la répercussion sur les tiers ayant acheté les marchandises n'a aucune incidence sur le droit du justiciable à la répétition de l'indu » (390).

Insensible aux arguments de l'avocat général, la Cour a précisé certains aspects du régime de la répétition des sommes perçues par l'administration nationale en méconnaissance du droit communautaire. Dans son arrêt *Comateb*, elle a expliqué qu'au cas où l'acheteur final qui a subi la charge de la taxe illégalement perçue pourrait en obtenir le remboursement de l'opérateur qui a acquitté cette taxe, ce dernier « doit, à son tour, être en mesure d'en obtenir le remboursement par les autorités nationales » (391). En outre, si, en vertu du droit national, le contribuable est habilité à invoquer, dans le cadre de l'action en répétition, l'existence d'un préjudice par lui subi malgré la répercussion de la taxe illégalement perçue, « il appartient au juge national d'en tirer les conséquences » (392). La Cour confirme ainsi que le préjudice éventuellement subi du fait du versement d'une taxe illégale peut constituer une considération pertinente dans la décision sur la restitution d'une telle taxe.

Au cas où le droit national ne permettrait pas de se prévaloir, dans le cadre d'une action en répétition de l'indu, d'un préjudice subi du fait de la perception de la taxe illégale, ou que la prise en compte, par le juge, d'un tel préjudice n'aboutirait pas à une restitution intégrale du montant indûment acquitté, le justiciable a le droit de s'adresser au juge compétent pour demander la réparation du dommage causé par la perception d'une taxe contraire au droit communautaire, et ce, indépendamment de la question de la répercussion de cette dernière (393).

(389) *Ibid.*, spéc. p. I-171.

(390) *Ibid.*, spéc. p. I-179.

(391) Arrêt du 14 janvier 1997 (préc., point 24).

(392) *Ibid.*, point 33.

(393) *Ibid.*

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

IV. – CONCLUSION

Toute communauté politique, a constaté naguère J. Bryce, est exposée simultanément à une force centripète et à une force centrifuge. La première la renforce en incitant ceux qui la composent à maintenir, voire, même, à resserrer, les liens qui les rassemblent dans une entité organisée. La seconde l'assaille en disjoignant ses membres de sorte que les liens qui les unissent deviennent tendus et, peut-être, relâchés ou rompus. Aussi, écrit-il, « *the history of every community and every constitution may be regarded as a struggle between the action of these two forces, that which draws together and that which pushes apart, that which unites and that which dissevers* » (394). Si, en effet, de par sa fonction même, « le juge ne peut être qu'au centre d'intérêts et d'impératifs contradictoires » (395), la Cour de justice, le Tribunal de première instance et, en sa qualité de juge communautaire de droit commun, le juge national sont appelés à assumer le rôle d'arbitre ultime.

Les compétences et pouvoirs de la juridiction communautaire sont définis par le traité. En raison de la fonction qui lui est assignée par le droit communautaire, le juge national est hétéronome. Dans les deux cas, la conception classique selon laquelle « le juge est soumis à la loi et ne tire son droit de juger que d'elle » est abandonnée et « à présent le juge tend à se hisser au-dessus de la loi pour devenir directement diseur de droit » (396). Comme l'a remarqué Lord Goff, « *history shows plainly, beyond all contradiction, that no legal system can operate efficiently without the creative power of the judges* » (397).

La dichotomie proposée par Lord Devlin entre « *activist lawmaking* » qui a lieu à l'intérieur du consensus social (et qu'il approuve) et « *creative lawmaking* » qui se déroule en dehors de ce consensus et est utilisée pour générer un changement (ce qu'il réprovoque) (398) est peut-être inadaptée pour apprécier le rôle du juge, appelé à exercer sa fonction dans un « *authoritative desert* » (399). Peut-être aussi, comme l'a observé Benjamin Cardozo, « *much of the criticism of courts and many of the*

(394) « The action of centripetal and centrifugal forces on political constitutions », in J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, vol. 1, p. 255, spéc. pp. 256-257.

(395) J. ROBERT, « La crise de la démocratie, un discours récurrent », in D. ROUSSEAU (éd.), *La démocratie continue*, Paris-Bruxelles, 1995, p. 29, spéc. p. 31.

(396) A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Odile Jacob, 1996, p. 47.

(397) LORD GOFF, « Judge, jurist and legislature », *The Denning L. Journ.*, 1987, pp. 79-95, spéc. p. 84.

(398) P. DEVLIN, *The Judges*, Oxford, 1979. Voy., également, son article « Judges and lawmakers », *Mod. L. Rev.*, 1976, pp. 1-16.

(399) L'expression est de LORD BINGHAM, « The discretion of the judge », *The Denning L. Journ.*, 1990, pp. 27-43, spéc. p. 31.

LE JUGE ET LE JUSTICIABLE

blunders of courts have their origin in false conceptions, or, at any rate, in varying conceptions, of the limits of judicial power, the essence of the judicial function, the nature of the judicial process » (400).

Pour la juridiction communautaire, il s'agit de tirer des buts du traité « la plénitude de leurs conséquences juridiques » (401). Comme l'écrit le président Donner, « [t]he fact that the Member States provided the Communities with a Court of Justice... was a pledge that their association was not to be guided by the laws of expediency, but should be built on a more permanent and objective foundation » (402). N'étant pas affectée par des conjonctures politiques, la juridiction communautaire a la conviction, selon P. Pescatore, que sa vision représente la fidélité aux origines (403). Pour le juge national, il s'agit d'admettre que « nulle souveraineté ne peut plus être considérée comme complète, ni absolue, ni intangible, ni indivisible, ni non aménageable dans un monde fait d'interdépendances » (404) et de reconnaître que le processus d'intégration entraîne « un véritable réaménagement des souverainetés, une redistribution des fonctions dans le cadre d'un ensemble qui dépasse les États membres individuels » (405).

Le xx^e siècle est, peut-être, le siècle du juge (406). Est-il aussi celui du justiciable ?

(400) B. N. CARDOZO, *The Growth of the Law*, New Haven, London, Oxford, 1924, pp. 144-145.

(401) R. LECOURT, *Le juge devant le marché commun*, Genève, 1970, p. 15.

(402) A.-M. DONNER, *The Role of the Lawyer in the European Communities*, Edinburgh, 1968, p. 59.

(403) P. PESCATORE, « Aspects judiciaires de l'«acquis communautaire» », *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, pp. 617-651, spéc. p. 650.

(404) P. PESCATORE, « La Constitution, son contenu, son utilité », *Rev. dr. suisse*, 1992, pp. 41-72, spéc. p. 51.

(405) P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leyden, 1972, spéc. p. 31.

(406) A.-M. DONNER, « Nature et évolution des institutions de la Communauté européenne », *op. cit.*, p. C-94, p. 3.

- 9 -

**CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU
RECOURS EN CARENCE EN DROIT COMMUNAUTAIRE**

Le but naturel de tout système de recours contentieux est d'assurer le respect de la légalité et la protection juridictionnelle des particuliers. Aussi doit-il, pour être pleinement efficace, permettre de sanctionner deux sortes d'illégalité : l'édition d'un acte entaché d'illégalité, l'abstention illégale d'exercer une compétence.

Le premier cas met le juge en présence d'une manifestation explicite de volonté qui revêt la forme d'une décision ou, pour reprendre une expression propre au vocabulaire contentieux, d'un acte faisant grief. L'appréciation juridictionnelle de la validité de cet acte est susceptible de porter tant sur son fond que sur sa forme. Ce contrôle s'effectue essentiellement, mais non exclusivement, par le biais du recours en annulation (1).

L'organisation d'une voie de droit permettant de contrôler la légalité de l'absence de décision est une entreprise assurément plus complexe. C'est qu'il s'agit ici d'apprécier la légalité d'un comportement passif, d'un silence (2). C'est au recours dit « en carence » qu'est dévolu de donner satisfaction à cette exigence inhérente à un système contentieux pleinement conforme à sa double finalité. Celui des Communautés européennes connaît ces deux types de recours. À côté du recours en annulation (3), les trois traités organisent le recours en carence (4). En dépit de cette identité de structure, le régime de ces recours comporte des différences appréciables selon que l'on envisage le Traité de Paris ou les Traités de Rome. Au-delà de la terminologie utilisée, ces différences concernent l'institution qui peut être actionnée, ainsi que la qualité des requérants éventuels, ou encore

(1) L'exception d'illégalité et le renvoi préjudiciel en appréciation de validité contribuent également à assurer l'efficacité de ce contrôle.

(2) Le silence qui est une des réalités du commerce juridique se révèle pourtant toujours un facteur de trouble pour le juriste. On s'en convaincra en songeant à la difficulté d'appréhender sa signification en droit international ; voy., notamment, J. BENTZ, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *Rev. gén. dr. internat. publ.*, 1963 (vol. 67), pp. 44-91.

(3) Articles 33 Traité CECA, 173 Traité CEE et 146 Traité CEEA.

(4) En laissant de côté des dispositions particulières, les articles généraux sont les articles 35 Traité CECA, 175 Traité CEE et 148 Traité CEEA. Ces deux derniers articles sont rédigés en des termes identiques ; il ne sera fait référence ici qu'au Traité CEE.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

l'intérêt dont ils doivent faire preuve. En d'autres termes, les conditions de recevabilité du recours en carence varient assez sensiblement entre la CECA et les deux Communautés créées postérieurement. Pourtant, au-delà des particularités qui viennent d'être évoquées, un dénominateur commun, une donnée essentielle conditionne intimement cette voie de droit. Au risque de paraître avancer une banalité, il est nécessaire de souligner que ce qui appartient en propre à ce type de recours est son objet : permettre de sanctionner une abstention illégale. Le fait que le recours en carence se trouve confronté à l'illégalité d'une absence de manifestation explicite de volonté rend les problèmes qui le concernent particulièrement complexes. Sans prétendre préjuger des analyses ultérieures, on est en droit de se demander si l'assimilation de cette voie de droit à un recours en annulation « négatif » (5) est fondée. L'objet du recours, la « carence », paraît de nature à lui conférer une irréductible spécificité. Aussi, la position d'un auteur qui, comme Soldatos, estime ce recours « introuvable » (6) et lui dénie ainsi toute existence autonome, procède d'une méconnaissance de sa nature authentique.

Des incertitudes aussi essentielles ne peuvent s'expliquer que par la discrétion dans laquelle le recours en carence a été confiné. Effectivement, ce recours est peu connu. La doctrine (7) ne l'a étudié que sous certains aspects particuliers. La jurisprudence ne livre pas davantage une vision d'ensemble du recours en carence. Si, à propos de la CECA, la Cour, sous l'influence, d'ailleurs, de l'avocat général Roemer, s'est arrêtée à une conception relativement claire de la nature de ce recours, sa jurisprudence relative à la CEE n'est jamais parvenue à se départir d'une indéniable incertitude quant à la nature du recours prévu à l'article 175. La différence d'attitude de la Cour s'explique peut-être par l'ambiguïté plus marquée des Traités de Rome.

(5) Au sens où l'on parle de négatif en photographie.

(6) SOLDATOS, « L'introuvable recours en carence devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1969, pp. 313-334.

(7) Sur le recours en carence en général, voy. Rapports de BOULOUIS et TELCHINI, in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Carl Heymanns Verlag, 1965, pp. 357-393 ; *Chronique de Politique étrangère 1960*, n° 3 : « Le recours en annulation et en carence dans le droit de la C.E.C.A. » ; BEBR, « Les recours en annulation et en carence », in *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, Larcier, 1969, pp. 309-331 ; WOLF, « Le recours en carence dans le droit des Communautés européennes », *R.M.C.*, 1996, pp. 111-124 ; ROEMER, « Die Untatigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaften », paru in *De Individuele Rechtsbescherming in de Europese Gemeenschappen*, U.C.L., Faculté de droit, 1967, pp. 33-49 (publié aussi in *Sociaal Economische Wetgeving*, 1966) ; SOLDATOS, « L'introuvable recours en carence devant la Cour de Justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1969, pp. 313-334 ; REUTER, « Le recours en carence de l'article 175 du Traité de la CEE dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1972, pp. 159-174.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

De toute façon, la Cour s'est toujours montrée réticente à aborder des problèmes autres que ceux strictement nécessaires à la solution des cas d'espèce dont elle s'est trouvée saisie. Pourtant, sur d'autres points, la Cour a été pour ainsi dire obligée de faire œuvre prétorienne. Mais, en évitant de se prononcer sur certains problèmes spécifiques au recours en carence, elle s'était elle-même condamnée à adopter parfois des solutions contradictoires et, en outre, juridiquement peu satisfaisantes.

La présente étude se propose donc d'introduire à une réflexion systématique sur un recours dont l'audience n'est assurément pas à la mesure de son importance tant pratique que théorique.

L'une des particularités de la procédure en carence est de s'articuler autour de deux phases : la première administrative et précontentieuse, la seconde juridictionnelle et contentieuse. Cette structure dualiste n'est pas fortuite. Elle exprime la spécificité de cette voie de droit. En effet, la fonction première de la phase administrative est de permettre à la carence de se constituer juridiquement, autrement dit de qualifier l'inertie des institutions. La saisine de la Cour de justice, qui marque *stricto sensu* le début du recours en carence, doit permettre ensuite d'apprécier la légalité de cette abstention.

I. – LA PHASE PRÉCONTENTIEUSE

Les questions de recevabilité du recours en carence paraissent particulièrement délicates(8). La recevabilité qui, selon M. Roemer, « doit toujours être examinée d'office »(9) dépend, en premier lieu, d'une saisine préalable régulière(10). Le préalable administratif revêt, en effet, une grande signification dans le cadre du recours en carence. Avant d'attaquer une institution en justice en raison de son inaction, il paraît raisonnable de lui permettre d'exécuter sa prétendue obligation. Mais, surtout, la phase du préalable administratif est essentielle pour la détermination du point de départ du délai imparti à l'intéressé pour saisir la Cour de justice. Cette phase est importante également en raison de la gravité du recours mettant en cause l'inaction de l'institution communautaire(11). La phase administrative a donc pour but de permettre la mise en demeure de l'institution. Si, dans les deux mois, cette institution

(8) BOULOUIS, in *Dix ans de jurisprudence, op. cit.*, p. 359.

(9) Conclusions dans les aff. jtes 21-26/61, *Meroni e.a. c. Haute Autorité, Rec.*, VIII, p. 163.

(10) Conclusions de l'avocat général ROEMER dans l'aff. 12/63, *Marga Schleiker c. Haute Autorité, Rec.*, IX, p. 172.

(11) En termes presque identiques, la Cour et l'avocat général LAGRANGE, dans l'aff. 17/57, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité, Rec.*, V, p. 9.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

n'a pas pris position au sujet de la demande qui lui a été adressée, sa carence est réputée constituée, et un recours peut être formé devant la Cour dans un délai d'un mois (CECA) ou de deux mois (CEE).

A. – La saisine de l'institution

La validité de la saisine préalable est fonction des formes et des délais dans lesquels l'invitation à agir a été présentée. Or les traités ne fournissent aucune précision sur ces deux points. Il revenait à la Cour et aux avocats généraux de déterminer les conditions de validité de la saisine préalable.

a. – *Les formes*

Dès la première affaire concernant la carence, M. Roemer faisait remarquer que « ce n'est pas toute demande adressée à la Haute Autorité qui ouvre un droit de recours en cas de carence de celle-ci » (12). Pourtant, l'avocat général n'a pas procédé à l'examen des conditions de forme auxquelles cette demande doit satisfaire. Il a davantage discuté le problème de la qualité de certains requérants éventuels. Les conditions d'une saisine préalable valable peuvent être déduites des arrêts rendus par la Cour et des conclusions des avocats généraux. Il est admis que la requête adressée à l'institution ne doit répondre à des exigences par trop formalistes. Cependant, deux exigences fondamentales paraissent devoir être respectées. En premier lieu, la demande doit être motivée et expliciter clairement le comportement exigé de l'institution. Comme l'a remarqué M. Roemer : « Selon une juste conception, il faut pouvoir déduire de la demande adressée à l'administration avec suffisamment de netteté quelles sont les mesures qui sont attendues de la Haute Autorité » (13). Cette première condition concerne l'objet de la mise en demeure, elle se justifie par la fonction impartie à cette formalité dans la procédure en carence. La seconde condition a trait au caractère « péremptoire ou comminatoire » (14) de la demande qui doit nettement signifier à l'institution qu'il s'agit d'une mise en demeure au sens des articles 35 et 175, et non pas d'une quelconque requête. Ainsi, un recours devant la Cour prétendant que la Haute Autorité n'a adopté aucune des deux alternatives possibles quand la demande préalable n'avait mentionné qu'une seule est rejeté pour motif de saisine

(12) Conclusions dans les aff. jtes 7-9/54, *Groupement des Industries sidérurgiques luxembourgeoises c. Haute Autorité, Rec.*, II, p. 53 à p. 115.

(13) Conclusions dans les aff. jtes 22-23/60, *Raymond Elz c. Haute Autorité, Rec.*, VII, p. 383.

(14) Arrêt de la Cour dans les aff. jtes 22-23/60, *ibid.*

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

irrégulière (15). Par contre, une demande de versements de certaines sommes (16) et une demande de dérogation au paiement d'une certaine taxe (17) sont jugées comme étant des saisines valables mettant en mouvement la procédure du recours en carence. Pour le contentieux de la fonction publique communautaire, la Cour s'est affirmée particulièrement libérale lorsqu'elle estime qu'« il n'y a pas lieu dans la phase précontentieuse d'un recours en carence de faire preuve d'une sévérité excessive à l'égard d'un fonctionnaire quant à l'accomplissement des formalités indispensables » (18). Mais, même dans le cadre de ce type de contentieux, la demande doit présenter certains caractères. Une simple lettre destinée à attirer l'attention de l'autorité sur un fait donné n'est pas considérée comme demande faisant courir le délai de la décision implicite de refus (19).

b. – *Les délais*

La question s'était posée de savoir si la saisine préalable ne devait pas intervenir dans un certain délai. La Cour, après avoir répondu par la négative à cette question, semble aujourd'hui admettre qu'un délai s'impose. Il convient de relever que la conviction de l'avocat général Roemer a évolué dans un sens diamétralement opposé.

Ce problème a été abordé pour la première fois par M. Roemer dans ses conclusions portant sur l'affaire *Chambre syndicale de la Sidérurgie de l'Est de la France* (20). L'avocat général a remarqué qu'aucun délai de procédure ne liait les requérants pour saisir la Haute Autorité et a ajouté que l'on pouvait se demander si la Haute Autorité ne devait pas être saisie dans ce qu'il a appelé un « délai convenable ». « De ce point de vue », a considéré M. Roemer, « un recours introduit en 1958 pour des faits qui datent en réalité des années 1954 ou 1955 pourrait donc être rejeté comme irrecevable même en appliquant des critères très généraux ». Toutefois, l'avocat général n'a pas proposé à la Cour de rejeter le recours pour cause de saisine préalable tardive. La Cour n'a pas discuté ce problème du délai et a rejeté le recours pour d'autres motifs. Le problème de délai et de prescription a été examiné par

(15) Aff. 34/58, *Chambre syndicale de la Sidérurgie de l'Est de la France c. Haute Autorité*, Rec., VI, p. 573.

(16) Aff. jtes 19/60, 21/60, 2/61 et 3/61, *Société Fives Lille Call e.a. c. Haute Autorité*, Rec., VII, p. 559.

(17) Aff. jtes 32-33/58, *Société Nouvelle des Usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c. Haute Autorité*, Rec., V, p. 275.

(18) Aff. jtes 22-23/60, précitées.

(19) Aff. 31/72, Rec., XIX, p. 463.

(20) Aff. 34/58, précitée.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

rapport aux infractions en matière d'ententes (21). Les circonstances n'étaient, certes, pas les mêmes, mais l'avocat général Gand a discuté ce problème dans des termes généraux et il semble utile de reproduire l'essentiel de son argumentation ici. « Constatons d'abord », a dit l'avocat général, « qu'en règle générale, les divers systèmes juridiques et non pas seulement ceux des États membres, font une place à la prescription. Cette institution traduit sur le plan du droit une vérité banale, à savoir que le temps a raison de tout, qu'après un délai plus ou moins long il arrive toujours un moment où, dans les rapports sociaux, ce qui est le passé ne doit plus être remis en cause et que, même si ce passé fut délictueux, mieux vaut encore passer l'éponge. Mais c'est toujours le législateur », a observé l'avocat général, « qui, en même temps qu'il introduit la prescription, fixe de façon précise ses modalités en fonction des conceptions morales et juridiques comme des nécessités pratiques et contingentes de la société dans laquelle elle doit s'appliquer. Les raisons qui justifient cette institution sont également valables dans le système du droit européen qui est en train de s'élaborer et aucune considération propre à celui-ci n'impose son exclusion. Le silence du législateur communautaire », a estimé M. Gand, « ne pouvant être interprété comme traduisant son intention d'écarter un principe aussi généralement admis, vous ne pouvez qu'en reconnaître l'existence, et jusqu'à ce que la question ait été réglée en droit positif, par l'autorité normalement compétente, il vous appartient de définir ses modalités d'application ». « À moins de lui enlever la plus grande partie de son intérêt », a poursuivi l'avocat général, « on ne peut admettre une prescription qui serait fixée cas par cas, en fonction d'éléments propres à l'affaire ». « Le délai doit nécessairement être déterminé à l'avance », a conclu l'avocat général, « ce qui exclut le système du délai raisonnable » (22). La Cour a admis que, « pour remplir sa fonction d'assurer la sécurité juridique, un délai de prescription doit être fixé à l'avance » (23). Mais, si elle était d'accord sur le principe avec son avocat général, elle ne l'a pas suivi quant à son rôle dans ce domaine lorsqu'il y a silence du législateur. La Cour a refusé de fixer le délai de prescription.

Le changement dans la position de la Cour s'est manifesté dans un arrêt concernant, cette fois, le recours en carence (24). Le problème du

(21) Aff. 41/69, *Rec.*, XVI, p. 661, voy. commentaire de R. KOVAR, *Journ. dr. intern.*, 1972, pp. 702 et s. Il faut remarquer aussi que, dans l'arrêt *Alegra* (7/56, 3 à 7/57, *Rec.*, IV, p. 81), la Cour a admis le principe du retrait des actes administratifs illégaux pendant un délai raisonnable.

(22) Aff. 41/69, précitée, p. 726. En matière d'ententes, M. GAND a proposé une prescription de cinq ans.

(23) *Ibid.*, p. 685.

(24) Aff. 59/70, *Royaume des Pays-Bas c. Commission*, *Rec.*, XVII, p. 639.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

délai a été examiné par l'avocat général et par la Cour. Revenant sur sa position antérieure, M. Roemer a déclaré que l'idée d'établir par voie jurisprudentielle un délai à l'expiration duquel les intéressés seraient forclos du droit de saisir l'administration « se heurte avant tout au principe de la sécurité juridique et cela à d'autant plus forte raison que », selon M. Roemer, « ni la méthode analogique, ni la méthode de droit comparé, ne permettent de déterminer avec certitude le délai qui pourrait être reconnu comme raisonnable » (25). La Cour, après avoir remarqué qu'aucun délai n'est prévu par le traité pour saisir la Commission en application de l'article 35 du Traité CECA, a affirmé « qu'il résulte de la fonction commune des articles 33 et 35 que les exigences de la sécurité juridique et de la continuité de l'action communautaire qui inspirent les délais de recours prévus à l'article 33 doivent également être prises en considération compte tenu des difficultés particulières que le silence des autorités compétentes peut comporter pour les justiciables dans l'exercice de droits prévus à l'article 35 ». « Ces exigences », a continué la Cour, « ne sauraient conduire à des conséquences aussi contraires que l'obligation d'agir dans un bref délai dans le premier cas et l'absence de toute limitation de temps dans le second ». « Cette considération est confirmée », selon la Cour, « par le système de délais de l'article 35, fixant à deux mois le temps imparti à la Commission pour prendre position et à un mois celui dont dispose le justiciable pour saisir la Cour ». La Cour a conclu que « le système des articles 33 et 35 implique que l'exercice du droit de saisir la Commission ne saurait être retardé indéfiniment » et que, « si les justiciables sont ainsi tenus d'observer un délai raisonnable en cas de silence de la Commission, il doit, à plus forte raison, en être ainsi dès que la résolution de la Commission de s'abstenir est devenue manifeste ». La Cour n'a pas dit ce qu'il fallait entendre par « délai raisonnable », elle s'est contentée, dans le cas de l'espèce, de considérer que dix-huit mois ne l'étaient pas.

B. – La constitution de la carence

Dans le cadre du Traité CECA, la Haute Autorité ne peut être saisie que si elle s'est abstenue de prendre une décision ou de formuler une recommandation. Les termes choisis par le Traité CEE sont plus ambigus. Il s'agit, d'abord, d'un défaut du Conseil ou de la Commission de *statuer* ou d'adresser une *acte* autre qu'une recommandation ou un avis à des personnes physiques ou morales. Il s'agit, ensuite, de l'abstention de

(25) *Ibid.*, p. 651.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

l'institution de *prendre position* au sujet de la demande qui lui a été adressée. Il est évidemment nécessaire de définir ces termes.

Le texte du Traité CECA est clair. Il doit s'agir d'une recommandation ou d'une décision, seuls actes obligatoires prévus à l'article 14 du traité. On verra plus loin dans quelle mesure l'abstention d'adopter d'autres actes pourrait aussi faire l'objet d'un recours en carence.

Le terme *statuer* employé par l'article 175 du Traité CEE est compris par la grande majorité de la doctrine dans un sens très large. Selon elle, il s'agirait de tout acte ou mesure adopté par l'institution communautaire, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte de sa forme ou de sa nature (26). Ainsi, ce terme engloberait les actes prévus à l'article 189 et ceux qui ne le sont pas, qu'ils aient un effet obligatoire ou non.

On peut cependant estimer que cette interprétation extensive est en contradiction avec l'économie du système contentieux communautaire qui exclut du champ du contrôle de la légalité les actes dépourvus de caractère décisoire. Surtout, on ne voit pas pour quelle raison des actes qui ne sont attaquables par aucune autre voie de droit pourraient l'être par le recours en carence. La notion d'acte susceptible de recours en droit communautaire doit également s'appliquer à celui-ci. Or l'acte susceptible de recours est celui qui produit des effets juridiques définitifs (27). C'est ce qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour dans les affaires *Cimenteries* (28) et *A.E.T.R.* (29). Aucune caractéristique du recours en carence ne paraît justifier l'abandon de cette notion dans le cadre de ce recours. *Statuer* signifierait, donc, adopter un acte produisant des effets de droit irréversibles. C'est également dans ce sens qu'il faut entendre le terme *acte* prévu par l'article 175 pour le recours individuel. Pour ce dernier, il existe cependant une difficulté supplémentaire : le texte exclut expressément les

(26) GROEBEN-BOECKH, *Kommentar zum EWG-Vertrag II*, article 175, n° 1 ; EHLE, *Klagerecht des EWG-Vertrages mit Entscheidungssammlung*, article 75, n° 9 ; DAIG, « Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft », *A.V.R.*, 83 (1958) 179 ; STEINDORFF, « Das Antragsrecht im EWG-Kartellverfahren und seine prozessuale Durchsetzung », *A.W.D.*, 1963, p. 355 ; ROEMER, « Die Untatigkeitsklage im Recht des Europäischen Gemeinschaften », paru in *De individuelle Rechtsbesecherming in de Europese Gemeenschappen*, Katholieke Universiteit Leuven, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, 1967, pp. 33-49 (paru aussi in *Sociaal Economische Wetgeving*, 1966) ; nous remercions M. J.-F. FLAUSS, assistant à la Faculté de droit de Strasbourg, pour la traduction de cet article ; WOLF, « Le recours en carence dans le droit des Communautés européennes », *R.M.C.*, 1966, p. 120 ; HOUBEN, *Les Conseils des ministres des Communautés européennes*, Leyde, Sythoff, 1964, pp. 202-203 ; voy., également, la discussion de ce problème par BEBR, in *Les Nouvelles - Droit des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 328.

(27) WAELBROECK, « La notion d'acte susceptible de recours dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1965, pp. 225-236.

(28) Aff. jtes 8-11/66, *Rec.*, XIII, p. 93. Voy. commentaire de cet arrêt et discussion sur la nature d'acte susceptible de recours par KOVAR, *Journ. dr. intern.*, 1968, pp. 468-472.

(29) Aff. 22/70, *Commission c. Conseil, Rec.*, XV, p. 263.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

recommandations et les avis. On sait que la Cour, dans la qualification des actes à des fins contentieuses, a toujours fait prévaloir les critères matériels sur toute autre considération. Aussi, dans ce cas, une distinction devrait être faite, selon nous, suivant que ces actes expriment une volonté définitive produisant des effets juridiques ou non. Si un avis ou une recommandation répond à cette double exigence, il faudrait le considérer, en application de la jurisprudence de la Cour, comme un acte susceptible de recours contentieux (30). Le défaut d'adopter un tel acte devrait être à son tour considéré comme pouvant faire l'objet du recours en carence. La question de savoir si un avis qui a été reconnu par la Cour comme susceptible de recours doit toujours être considéré comme un avis peut légitimement être posée. La réponse à cette question dépend de la solution apportée à un problème plus général, celui de savoir quelle est l'incidence de la lecture et de la qualification contentieuse d'un acte sur sa nature juridique. Cette question dépasse le champ de la présente étude (31).

Une difficulté particulière subsiste. Elle résulte de la nature même du recours en carence. En effet, la Cour et les avocats généraux ont toujours considéré que la décision explicite de rejet, la décision implicite de refus (dans le cadre du Traité CECA) et le silence de l'institution (dans le cadre du Traité CEE) devaient être appréciés en fonction de l'acte dont l'adoption a été refusée (32). En d'autres termes, la recevabilité du recours en carence dépendrait de la nature de l'acte demandé. Au cas où ce dernier serait susceptible de produire des effets juridiques définitifs, le fait de ne pas l'adopter pourrait faire l'objet d'un recours en carence. Au contraire, si l'acte dont l'adoption a été demandée n'était pas, par lui-même, producteur de tels effets, l'inaction des institutions ne saurait être déferée à la Cour comme une carence. Cette affirmation paraît valable dans le premier cas, c'est-à-dire quand l'acte demandé aurait exprimé une manifestation de volonté définitive produisant des effets de droit. Ainsi, l'abstention d'adopter une décision aurait la nature juridique d'une décision et serait donc attaquant par le biais du recours en carence. Par contre, cette affirmation paraît contestable dans le cas où l'acte explicite n'aurait pas créé

(30) Sur la notion d'avis, voy. les observations de BOULOUIS et CHEVALLIER *in leurs Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Dalloz, 1974, t. I, pp. 52-55. Voy., également, KOVAR, *Le pouvoir réglementaire de la C.E.C.A.*, L.G.D.J., 1964, pp. 24-27 et les remarques de M. ROEMER dans l'affaire 8/71, *Rec.*, XVII, p. 705, précitée.

(31) On peut observer, cependant, que dans l'affaire *Cimenteries* déjà citée, la Cour a qualifié l'acte litigieux de décision.

(32) Arrêts de la Cour dans les aff. 30/59, *Rec.*, VII, p. 1, 15/70, *Rec.*, XVI, p. 975, 6/70, *Rec.*, XVI, p. 815, et 42/71, *Rec.*, XVIII, p. 105 ; l'avocat général ROEMER dans les aff. jtes 7-9/54, *Rec.*, II, p. 53 ; l'avocat général GAND dans les conclusions relatives à l'aff. 48/65, *Rec.*, XII, p. 27 et les conclusions de l'avocat général DUTHEILLET DE LAMOTHE dans l'aff. 15/71, *Rec.*, XVII, p. 797 et dans l'aff. 15/70, *Rec.*, XVI, p. 975, et les conclusions de l'avocat général REISCHL dans l'aff. 134/73, *Rec.*, XX, p. 12.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

d'effets juridiques définitifs. En effet, si, par exemple, des mesures préparatoires ne peuvent faire l'objet de recours en raison de l'absence de manifestation de volonté définitive produisant des effets de droit, l'abstention d'adopter de telles mesures pourrait, elle, créer des effets juridiques définitifs. Tel serait le cas lorsque l'absence de mesures préparatoires empêcherait le processus d'élaboration d'une décision de fonctionner. Les actes préparatoires sont intégrés dans l'acte final susceptible de recours en annulation alors que le seul fait de l'inaction interrompant la procédure produirait des effets juridiques définitifs. C'est, semble-t-il, la position défendue par J. V. Louis qui estime que le Conseil pourrait engager contre la Commission un recours en carence dans le cas où cette dernière s'abstiendrait de lui soumettre une proposition⁽³³⁾. Or, il est apparent que la proposition de la Commission n'est pas un acte produisant des effets juridiques définitifs. Pourtant, l'absence d'une telle proposition devrait pouvoir faire l'objet du recours en carence puisqu'elle produit de tels effets en empêchant le Conseil d'exercer sa compétence décisive. Il résulte que l'affirmation de la Cour, considérant que « la décision de refus présente au regard des exigences de l'article 33 le caractère qu'aurait eu la décision positive refusée par la Haute Autorité » et que le refus « doit être apprécié en fonction de l'objet de la demande à laquelle elle constitue une réponse »⁽³⁴⁾, serait contestable.

Dans le cas où l'institution communautaire n'aurait pas statué ou n'aurait pas pris un acte, elle peut être saisie afin de *prendre position* au sujet de la demande qui lui est adressée. Les termes « prendre position » sont, comme l'a remarqué l'avocat général Gand, « très vagues et très compréhensifs »⁽³⁵⁾. Ce sont les termes employés par l'article 175 pour définir la réaction éventuelle de l'institution qui a été mise en demeure. Or, puisque cette réaction est capitale pour la constitution de la carence, il est d'une extrême importance d'en préciser la nature. Considérant la fonction de la prise de position de l'institution dans l'économie du recours en carence, elle ne peut signifier qu'une chose : l'adoption d'un acte produisant des effets de droit définitifs, par conséquent attaquant en annulation⁽³⁶⁾. S'il en était autrement, les conditions d'un déni de justice seraient réunies⁽³⁷⁾.

(33) J. V. LOUIS, *Les règlements de la C.E.E.*, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, p. 7.

(34) La première affirmation dans l'arrêt 30/59, précité, la seconde dans l'arrêt 42/71, précité.

(35) Conclusions dans l'aff. 15/70, précitée.

(36) WAELBROECK, *R.C.J.B.*, 1971, p. 549 : « Lorsque l'institution prend explicitement position, cette manifestation de volonté constitue une décision attaquant... ».

(37) Ce qui s'était produit dans l'affaire 48/65. En effet, la Cour avait considéré, d'une part, que la Commission avait pris position et, donc, qu'il n'y avait pas lieu pour recours en carence, d'autre part, que la demande portait, sur un acte non obligatoire, ce qui excluait le recours en

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

Dans le cas où l'institution saisie aurait adopté l'acte demandé, le recours en carence est, par définition, exclu. Cependant, deux autres situations peuvent se produire, l'une interdit, l'autre ouvre la voie du recours contentieux en carence devant la Cour de justice.

Dans la première situation, il faut envisager le cas où l'institution communautaire a réagi à la demande préalable par une *prise de position*, c'est-à-dire en adoptant un acte produisant des effets de droit. Cet acte peut consister soit en un refus explicite (38), soit en une mesure autre que celle demandée par le requérant (39). De tels actes sont considérés comme interrompant la carence. Si le recours en carence est, par là même exclu, les intéressés devraient pouvoir disposer d'un recours en annulation.

Dans la seconde situation, la carence subsiste, tel est le cas lorsque l'institution a adopté un acte ne produisant pas d'effets juridiques, a fourni une réponse d'attente (40) ou a gardé le silence. La Cour a remarqué, à juste titre, que cette attitude n'est « guère conforme à la diligence d'une administration soucieuse de ses devoirs » (41).

Dans cette seconde éventualité, la phase contentieuse peut s'ouvrir (42).

annulation. La Cour, par un raisonnement analogue, est arrivée au même résultat dans l'affaire 42/71, *Rec.*, XVIII, p. 105.

(38) Pendant un certain temps, la Cour semblait admettre que le recours en carence était possible même en cas de décision explicite de refus. Telle était aussi la position des avocats généraux (LAGRANGE, aff. 30/59, ROEMER, aff. jtes 7-9/54, préc.). BEBR a discuté les inconvénients résultant de l'assimilation du refus explicite au refus implicite (*in Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes, op. cit.*, p. 321). Il s'agit surtout de deux restrictions de l'article 35 auxquelles échappe le recours en annulation : d'une part, la limitation des moyens susceptibles d'être invoqués dans la procédure en carence, d'autre part, l'assimilation du refus (implicite ou explicite) à la nature juridique de l'acte que la Haute Autorité s'est abstenue de prendre. La Cour a abandonné cette position à partir de son arrêt 30/59 précité. Plus clairement, la Cour a affirmé, dans son arrêt *S.N.U.P.A.T.* (aff. jtes 42 et 49/59, préc.), que « [l]a carence visée par l'article 35 du traité est caractérisée par l'absence de décision explicite ». Vu cette position, on peut s'étonner que, postérieurement à cet arrêt, M. LAGRANGE ait pu estimer que « c'est en effet le refus d'exercice d'une compétence, et non le fait que ce refus soit explicite ou implicite, qui caractérise le recours en carence » (*S.E.W.*, 1962, p. 91). La position de la Cour est actuellement bien établie. Elle a affirmé que « l'objet exclusif d'un recours en carence est la décision implicite de refus résultant du silence de l'autorité » (aff. 75/69, *Rec.*, XVI, p. 535) et aussi que « cette disposition (article 35) n'est applicable que si la Haute Autorité n'a pris aucune décision dans la matière visée par les injonctions des requérants » (aff. jtes 5/62 à 11/62, 13/62 à 15/62, *Société Industrielle Acciaierie San Michele c. Haute Autorité, Rec.*, VIII, p. 859).

(39) Aff. jtes 5/62 à 11/62, 13/62 à 15/62, *Société Industrielle Acciaierie San Michele c. Haute Autorité, Rec.*, VIII, p. 859.

(40) Aff. 42/58, *Société des Aciers Fins de l'Est (S.A.F.E.) c. Haute Autorité, Rec.*, V, p. 361 ; aff. jtes 42 et 49/59, précitées, *Rec.*, VII, p. 101.

(41) Aff. jtes 22-23/60, précitées.

(42) Il reste à examiner la situation dans laquelle l'institution communautaire, après le délai de deux mois, prend une décision explicite. Celle-ci peut intervenir soit avant, soit après le dépôt du recours en carence devant la Cour. Si une décision explicite de refus est prise avant le dépôt du recours, le recours en annulation contre elle est possible. Si elle est positive, le recours devient sans objet. Par contre, après le dépôt du recours, une décision explicite de refus

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

II. – LA PHASE CONTENTIEUSE

L'adéquation entre la phase administrative et la phase contentieuse se vérifie sous deux rapports. La saisine de la Cour doit être le fait de la même personne qui, initialement, avait invité l'institution à agir (43) ; la requête doit coïncider dans son objet avec la demande préalable (44). Comme l'a remarqué l'avocat général Gand : « Les demandes présentées dans le cadre d'un recours en carence ne peuvent concerner que des points dont cette autorité a été saisie » (45).

Le régime du recours en carence comporte des particularités qui permettent déjà de le démarquer par rapport au recours en annulation. Mais c'est, essentiellement, sa nature qui a retenu l'attention de la doctrine, suscitant, d'ailleurs, des oppositions irréductibles. C'est donc à l'analyse de la nature du recours en carence qu'il convient de se consacrer en premier.

A. – La nature du recours en carence devant la Cour de justice

La nature du recours n'est pas précisée par les traités. Il existe des différences sensibles entre le recours organisé par le Traité CECA et celui prévu par le Traité CEE. Aussi semble-t-il opportun de les examiner successivement.

a. – Le recours de l'article 35 du Traité CECA

L'article 35 du Traité CECA établit une fiction juridique. Il assimile le silence de la Haute Autorité à une décision implicite de refus (46). On sait que ce procédé est celui consacré par le droit administratif français. Ce même article prévoit qu'un recours contre cette décision peut être intenté devant la Cour de justice. Puisque la nature du recours n'est pas précisée, la Cour devait faire œuvre prétorienne à ce sujet. Il revenait à M. Roemer de présenter des conclusions pour la première action introduite devant la Cour sur la base de l'article 35. L'avocat général a

est considérée par la Cour, dans le cadre du Traité CECA, comme confirmant le refus implicite et, donc, insusceptible de recours autonome. Dans le cadre du Traité CEE, M. ROEMER semble considérer que le recours en annulation devrait précéder (ROEMER, article préc.). La Cour devrait préciser aussi dans quelle mesure il existe un intérêt objectif à constater la carence, même si, après le dépôt du recours, le fait constitutif de la carence a été éliminé. Cette question aura de l'intérêt pour le recours en indemnité.

(43) BEBR, *in Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes, op. cit.*, p. 223 ; ROEMER, conclusions dans l'aff. 34/58, précitée, opinion contraire soutenue par HOUBEN, *op. cit.*, p. 202.

(44) ROEMER, conclusions dans les aff. jtes 22-23/60, précitées.

(45) Conclusions dans l'aff. 75/69, précitée.

(46) Dans l'arrêt 59/70, précité, la Cour parle de la « fiction d'une décision implicite ».

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

estimé, à juste titre, qu'il fallait dissiper les ambiguïtés et les incertitudes résultant de ce texte. Ses conclusions présentent donc un intérêt évident (47). En effet, deux positions étaient concevables concernant la nature du recours. Selon une première conception, le recours prévu à l'article 35 ne serait qu'un recours en annulation, comportant cependant des particularités résultant de ce qu'il s'agit d'un recours contre une décision implicite, fictive. Par contre, d'après une seconde conception, le recours de l'article 35 serait un recours autonome, *sui generis*.

L'avocat général a opté pour la première conception. En effet, M. Roemer a réfuté, d'abord, cinq arguments qui pouvaient être avancés en faveur de la thèse « autonomiste ». Ces arguments concernaient le contenu et la place de l'article 35, les moyens susceptibles d'être invoqués, ainsi que le caractère individuel d'une décision de refus. Enfin, M. Roemer a considéré l'argument selon lequel l'importance de l'abstention devrait permettre aux entreprises et associations de saisir la Cour sans se soumettre aux conditions restrictives de l'article 33. Il était relativement facile de réfuter ces arguments (48). D'autre part, M. Roemer a proposé trois raisons qui militaient en faveur de la thèse selon laquelle le recours de l'article 35 ne serait qu'un recours en annulation. Premièrement, l'avocat général a remarqué que les moyens susceptibles d'être invoqués sont prévus pour le recours en annulation dans l'article 33. En second lieu, le fait que ce recours était inspiré par le droit français et le droit allemand, ce dernier n'exigeant qu'un droit subjectif à ce que l'acte demandé soit pris. Enfin, selon l'avocat général, seule l'assimilation du recours de l'article 35 à celui prévu à l'article 33 permettrait de donner un sens à l'expression « selon le cas », qui figure à l'alinéa 1^{er} de l'article 35.

Ces arguments ne sont pas très convaincants. Même si les moyens susceptibles d'être invoqués se trouvent mentionnés dans l'article 33 et que l'expression « selon le cas » devrait être interprétée à la lumière de ce dernier, il n'en résulte pas nécessairement que les deux recours soient identiques (49). Bebr a discuté les inconvénients de l'assimilation du recours de l'article 35 à celui de l'article 33 (50). Il a observé, d'une part, que cette assimilation a conduit la Cour à introduire une distinction entre un acte individuel et un acte général, distinction essentielle pour le recours en annulation, mais qui n'est pas nécessaire dans le cadre du recours en carence pour lequel l'article 35 introduit

(47) Conclusions de M. ROEMER dans les aff. jtes 7-9/54, précitées.

(48) *Ibid.*

(49) C'est également l'opinion de BOULOIS, *Ann. fr. dr. intern.*, 1956, pp. 446 et s. Voy., aussi, in *Dix ans de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 361.

(50) *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, *op. cit.*, pp. 320-321.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

la distinction entre l'obligation et la faculté d'agir. Mais on peut cependant estimer que cette distinction, essentielle pour tout le régime du contentieux communautaire, dérive plutôt de l'expression « selon le cas » qui devait être précisée et elle n'est pas due à l'assimilation des deux recours. Le second inconvénient est, selon Bebr, qu'en raison de cette assimilation, la Cour a été incitée à ignorer la différence entre un refus implicite et un refus explicite. Or, Bebr lui-même a observé que la Cour n'assimile plus ces deux types de décisions. Elle l'a déclaré dans son arrêt 30/59 (51) et, surtout, dans les affaires jointes 42 et 49/59 (52), lorsqu'elle a affirmé que « le recours visé par l'article 35 du traité est caractérisé par l'absence de décision explicite ».

Dans son premier arrêt (53), la Cour s'est contentée d'affirmer que « le recours formé... en application du troisième alinéa de l'article 35 du traité est [donc] un recours en annulation... tel que prévu par l'article 33 du traité et dès lors soumis à ses obligations ». Ce point est maintenant établi. Il semblerait que l'élément déterminant dans l'assimilation du recours en carence à un recours en annulation réside dans ce que le traité lui-même dispose que l'on se trouve devant une décision. Décision fictive, certes, mais décision qui pourrait être annulée. M. Chevallier ne fait qu'exprimer l'opinion de la doctrine dominante lorsqu'il écrit que « le recours en carence intenté sur la base de l'article 35 est évidemment un recours en annulation » (54). C'est aussi l'opinion de M. Lagrange qui fait, cependant, remarquer que le recours de l'article 35 n'est pas limité au contentieux de la légalité, puisqu'il est ouvert également contre le refus de prendre la décision motivée constatant le manquement des États membres à leurs obligations sur la base de l'article 88, litige qui fait l'objet d'un recours de pleine juridiction (55).

Quelle que soit la force des arguments avancés et par la Cour et par la doctrine, on peut cependant se demander si l'objet du recours par-delà la fiction même d'une décision négative n'impose pas certaines restrictions à cette assimilation du recours de l'article 35 au recours en annulation. Il apparaît, d'ailleurs, que ces réticences prennent une force encore plus grande au regard du recours de l'article 175 du Traité CEE.

(51) *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg, Rec.*, VII, p. 1.

(52) *Société Nouvelle des Usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.), Rec.*, VII, p. 101, voy., *supra*, note n° 38.

(53) Aff. jtes 7-9/54, précitées.

(54) « L'arrêt 30/59 de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Rev. gén. dr. internat. publ.*, 1962, pp. 546-580, p. 557. Voy., aussi, WOLF, *loc. cit.*, p. 112 ; SOLDATOS, *loc. cit.*, pp. 322-323. Une opinion contraire est maintenue par BEBR, *in Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes, op. cit.*, p. 320.

(55) LAGRANGE, « Les actions en justice dans le régime des Communautés européennes », *S.E.W.*, 1962, pp. 91-92.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

b. – *Le recours de l'article 175 du Traité CEE*

Le problème de la nature du recours prévu à l'article 175 est plus complexe et plus controversé que celui concernant le recours précédemment décrit. L'article 175 ne spécifie pas non plus la nature du recours qu'il organise. Mais, à la différence du Traité CECA, le Traité CEE n'assimile pas le silence de l'institution à une décision implicite de rejet. Ce fait a été observé par M. Dutheillet de Lamothe qui a affirmé que « ce qui est déféré à la Cour dans le cadre de l'article 175 du Traité CEE, c'est une absence de décision, non comme dans le cadre de l'article 35 du Traité CECA, une décision réputée prise dans le sens de la négative » (56).

Certains auteurs considèrent, cependant, que le recours prévu à l'article 175 est un recours en annulation analogue à celui organisé par l'article 35 du Traité CECA (57). Néanmoins, la doctrine communautaire dominante le considère comme un recours autonome, *sui generis* (58). La position de la Cour est particulièrement ambiguë, celle des avocats généraux manifeste des incertitudes.

Un exemple permettant d'illustrer ce manque de clarté et ces hésitations est fourni par l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Eridania* (59). En effet, la Cour affirme, dans son premier attendu, que « ce recours vise à l'annulation de la décision implicite de rejet qui résulterait du silence que la Commission a gardé à l'égard de la requête... », tandis que, dans son deuxième attendu, elle constate que « le recours prévu à l'article 175 tend à faire constater une omission illégale ». Ainsi, l'absence de cohérence se manifeste dans ce cas dans le dispositif d'une seule et même décision. Il apparaît encore si l'on envisage la succession d'arrêts rendus par la Cour. Celle-ci n'a-t-elle pas déclaré dans une décision ultérieure que les articles 173 et 175 « ne forment que l'expression d'une seule et même voie de droit » (60) ? D'ailleurs, dans cette affaire, la Cour a estimé inutile de qualifier le recours intenté au regard d'une exception d'irrecevabilité (61).

(56) Conclusions dans les aff. jtes 9-11/71, *Compagnie d'approvisionnement de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA c. Commission des Communautés européennes*, Rec., XVIII, p. 391, spéc. p. 416.

(57) CATALANO, *Manuel de droit des Communautés européennes*, Dalloz et Sirey, 1965, p. 39 ; SOLDATOS, *loc. cit.*, pp. 326 et 333.

(58) REUTER, *loc. cit.*, p. 167 ; WOLF, *loc. cit.*, pp. 117 et 124 ; BEBR, in *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 321.

(59) Aff. jtes 10 et 18/68, *Société Eridania e.a. c. Commission des Communautés européennes*, Rec., XV, p. 459.

(60) Aff. 15/70, précitée, Rec., XVI à p. 979.

(61) La même attitude est adoptée par l'avocat général DUTHEILLET DE LAMOTHE dans ses conclusions relatives à l'affaire 15/71, *C. Mackprang Jr c. Commission*, Rec., XVII, pp. 797-808.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

Les conclusions des avocats généraux ne sont pas plus claires sur ce sujet. On aurait pu attendre de M. Roemer (qui a conclu sur la première affaire introduite sur la base de l'article 175) le même effort de réflexion analogue à celui qui lui avait permis d'influencer la position de la Cour à propos de la nature du recours de l'article 35 de la CECA. Or il semble avoir voulu éviter de s'engager dans cette voie. Il est vrai que, dans cette première affaire, il y avait une entente entre les parties pour le non-lieu (ce qui était suffisant pour la Cour de prononcer le non-lieu), mais, dans cette même affaire, M. Roemer a estimé nécessaire d'examiner sommairement les chances de réussite de chacune des parties afin de décider sur le problème des dépens. Il n'en reste pas moins que le problème essentiel de la nature du recours n'a pas été abordé.

Cette lacune n'a pas été comblée dans les conclusions ultérieures. Dans une seconde affaire jugée sur la base de l'article 175, M. Gand s'était particulièrement attaché au problème de savoir si un individu, par le biais du recours en carence, pouvait déclencher la procédure de l'article 169 (62). L'avocat général Roemer a remarqué incidemment que le recours de l'article 175 concernait une « action en constatation » (63) et, dans une autre affaire, il a remarqué que les articles 173 et 175 forment un « système cohérent » (64). M. l'avocat général Dutheillet de Lamothe semble considérer les deux articles comme une seule voie de droit lorsqu'il dit que « faire dépendre l'existence ou l'absence d'une voie de droit, de l'action ou de l'inaction de l'administration saisie d'une demande est évidemment difficilement admissible » (65). Le même avocat général parle, dans une autre affaire, du caractère « indissociable » des articles 173 et 175 (66). Tandis que dans ses conclusions dans une autre affaire, M. Dutheillet de Lamothe a remarqué que la distinction entre la manifestation de volonté et l'absence de manifestation de volonté avait pour objectif « de distinguer nettement entre ces deux attitudes quant à la liaison du contentieux » (67).

Pour notre part, nous nous rallions à la doctrine dominante qui voit dans le recours contentieux de l'article 175 un recours *sui generis*. Nous proposons de considérer ce recours comme un *recours en constatation de carence*. Cette qualification paraît justifiée, en premier lieu, par les textes. En effet, l'article 175 dispose clairement que le recours

(62) Conclusions dans l'aff. 48/65, précitée, *Rec.*, XII, p. 27.

(63) Conclusions dans les aff. jtes 10 et 18/68, précitées, et dans ses conclusions dans l'aff. 8/71, précitée, il a parlé d'un « recours en constatation ».

(64) Conclusions dans l'aff. 42/71, *Rec.*, XVIII, p. 105, précitée.

(65) Conclusions dans l'aff. 15/71, *Rec.*, XVIII, p. 808, précitée.

(66) Conclusions dans les aff. jtes 9-11/71, précitées.

(67) Conclusions dans l'aff. 15/70, *Amadeo Chevalley c. Commission, Rec.*, XVI, p. 983.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

devant la Cour est intenté « en vue de faire constater [cette violation] ». Aussi, s'agissant de l'obligation de l'institution de se conformer à l'arrêt de la Cour, l'article 176 distingue entre « l'acte annulé » et « l'abstention déclarée contraire au présent traité ». Cet argument de texte, en lui seul, justifierait le caractère autonome du recours organisé par l'article 175 qui ne peut être qu'un recours en constatation de carence. Aussi, les moyens susceptibles d'être invoqués, les requérants et les effets de l'arrêt de la Cour, c'est-à-dire le régime du recours en carence, renforcent cette position.

B. – Le régime du recours

a. – *Les requérants*

La distinction, devenue classique en droit communautaire, entre requérants privilégiés et non privilégiés, se trouve également applicable en matière de recours en carence.

1) Les requérants privilégiés

Dans le cadre du Traité CECA, l'article 35 reconnaît au Conseil et aux États membres le droit de saisir la Haute Autorité. L'article 175 du Traité CEE prévoit le droit de saisir la Cour de justice (après avoir saisi l'institution communautaire) au profit du Conseil, de la Commission, des États membres et des « autres institutions de la Communauté ». Cette dernière formule suscite la controverse à propos de l'éventuel droit du Parlement européen d'intenter une action en carence (68).

Une partie de la doctrine allemande lui dénie ce droit. Les auteurs se basent notamment sur le fait que l'Assemblée exerce un pouvoir de contrôle politique(69), et ils estiment qu'il est peu probable que les auteurs du traité aient entendu accorder au Parlement le droit d'agir contre la carence, tandis qu'ils lui ont interdit d'exercer le recours en annulation contre les actes explicites(70). On est même allé jusqu'à

(68) Il faut se rappeler que le Parlement n'a pas le droit d'intenter une action en annulation sur la base de l'article 173 du Traité CEE.

(69) MUHLENHAVER, *in* GROEBEN-BOECKH, *Kommentaar zum EWGVertrag*, II, article 175, n. 2, ainsi que TIZZANO, *in* QUADRI-MONACO et TRABUCCHI, *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, Commentarion*, Milano, 1965, III, article 175, n. 6 B ; H. MATHIESS, « Emphiehlt es sich, die Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen? », *Bericht Deutscher Juristenten*, 1966, München und Berlin, 1967, 73.

(70) MUHLENHAVER, *loc. cit.*, et Hedda CZASCHKE, *Die Untätigkeitsklage vor dem europäischen Gerichtshof*, Göttingen, 1969, 105. Certains auteurs considèrent, en effet, que le Parlement doit se voir reconnaître le droit d'agir en annulation, voy. ULLE, « Emphiehlt es sich, die Bestimmungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen? »,

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

considérer qu'il s'agit d'une inadvertance de la part des rédacteurs du traité (71). En outre, on a soutenu que, si l'intention des auteurs du traité avait été de reconnaître au Parlement le droit d'agir en cas de carence, ils n'auraient pas manqué de le préciser expressément, vu la position relativement mineure qu'occupe le Parlement dans le système institutionnel de la Communauté (72). Un auteur a même établi une analogie avec les droits nationaux qui ne reconnaissent ce droit de recours qu'aux organes exécutifs (73).

La majorité de la doctrine allemande soutient, cependant, l'opinion contraire. Elle reconnaît le droit de l'Assemblée d'introduire un recours en carence (74). Parmi les auteurs, il faut particulièrement relever l'opinion de M. Roemer pour qui le droit du Parlement d'introduire un recours en carence contre le Conseil ou la Commission s'ajoute aux compétences politiques exercées par lui (75). Pour la doctrine française, la réponse est positive et claire : la question, très souvent, n'est même pas posée. On peut cependant citer Paul Reuter (76), Houben (77) et une remarque de R.-M. Chevallier (78) pour illustrer la position favorable de cette doctrine au droit du Parlement. Bebr, pourtant, laisse apparaître certaines hésitations à ce sujet (79).

Le droit du Parlement d'introduire un recours sur la base de l'article 175 nous paraît acquis. Cette interprétation ne conduit pas à des résultats déraisonnables et doit donc être adoptée. D'ailleurs, on sait que cette discussion présente plus qu'un intérêt théorique.

Deutscher Juristen, 1966, München und Berlin, 1966 Gutachten 44, n. 152. Cette idée a été défendue par MELCHIOR, *La fusion des Communautés européennes*, Colloque de Liège, 1965, p. 280.

(71) MUHLENHAVER, *loc. cit.*

(72) Hedda CZASCHE, *loc. cit.*, p. 104.

(73) *Ibid.*, p. 105.

(74) BÉRIE-MILLER, *Gemeinsamer Markt und Euratom*, article 175, n. 1 ; WOHLFART-EVERLING, article 175, n. 1 ; DAIG, « Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaften », *A.V.R.*, 83.1958.178 ; EHLE, « Das nur begrenzte politische Kontrollrecht des europäischen Parlaments gegenüber der Kommission, in Form eines Misstrauensvotums (144 EWGV) lässt die Notwendigkeit eines Klagerechts bei Untätigkeit bestehen, zu Mal die Klag auch gegen den sonst unkontrollierbaren Rat gerichtet suale Durechsetzung », *A.W.D.*, 1963, p. 250.

(75) ROEMER, article précité, *S.E.W.*, 1966, p. 9.

(76) *Organisations européennes*, Thémis, 1970, p. 250.

(77) *Op. cit.*, p. 202.

(78) *Dix ans de jurisprudence, op. cit.*, p. 390.

(79) *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes, op. cit.*, pp. 328 et s.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

2) Les requérants non privilégiés

Dans le système organisé par l'article 35 du Traité CECA, les entreprises et associations peuvent saisir la Haute Autorité. L'expression « selon le cas » figurant à l'alinéa 1^{er}, est interprétée à la lumière de l'article 33 et considérée comme accordant ce droit aux entreprises et associations pour saisir la Haute Autorité en cas d'abstention de celle-ci d'adopter une décision ou une recommandation individuelle dont elles seraient destinataires ou qui les concerne. En outre, ce même droit leur est reconnu pour agir contre le défaut d'adopter une recommandation ou une décision générale, quand un détournement de pouvoir à leur égard pourrait être prouvé. C'est ce qui a été remarqué par M. Roemer lorsqu'il a parlé des articles 33 et 35, observant que « le groupe des personnes en droit d'agir est le même dans les deux cas » (80).

Selon l'article 175 du Traité CEE, les personnes physiques ou morales ne sont autorisées à introduire un recours en carence que si l'institution communautaire a manqué de leur adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis. On constate donc que c'est la destination et la nature de l'acte demandé qui déterminent la qualité du requérant (81).

Nous avons vu plus haut ce qu'il fallait entendre par « acte » attaquant en droit communautaire, ainsi que les critères matériels relatifs à la recevabilité d'un recours contre l'abstention d'adopter de tels actes.

Concernant la destination de l'acte susceptible de recours individuel en carence, il faut constater qu'il n'existe pas de parallèle entre l'article 173 et l'article 175. Ce dernier exige que le requérant soit le *destinataire* de l'acte demandé. Cependant, certains auteurs pouvaient se demander dans quelle mesure il ne fallait pas adopter les critères de l'article 173 et permettre le recours en carence contre l'abstention d'adopter un acte qui ne serait pas adressé au requérant, mais dans lequel ce dernier aurait un intérêt direct et individuel (82).

S'il peut paraître souhaitable d'avoir un système cohérent de contentieux, on ne peut pas interpréter une disposition claire dans le sens

(80) Conclusions dans les aff. jtes 8 et 10/54, *Association des utilisateurs de charbon du Grand-Duché de Luxembourg c. Haute Autorité*, *Rec.*, II, p. 141.

(81) Conclusions de M. ROEMER dans l'aff. 103/63, *Société Rhenania c. Commission*, *Rec.*, X, p. 839, conclusions de M. GAND dans l'aff. 48/65, *Alfons Lütticke GmbH c. Commission*, *Rec.*, XII, p. 27, et les conclusions de M. DUTHELLET DE LAMOTHE dans l'aff. 15/71, *Mackprang c. Commission*, *Rec.*, XVII, p. 797.

(82) Ou même en raison d'une lésion d'intérêt, voy. CATALANO, *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, pp. 377 et s. C'est, semble-t-il, aussi l'opinion de M. ROEMER lorsqu'il exige un intérêt matériel pour l'action (article préc.), voy., aussi, les conclusions de M. ROEMER dans l'aff. 103/63, *Rec.*, X, p. 857, et dans l'aff. 42/71, *Rec.*, XVIII, p. 105, ainsi que les conclusions de M. DUTHELLET DE LAMOTHE dans l'aff. 15/71, *Rec.*, XVII, p. 808.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

contraire. Or, la limitation du droit de recours au *destinataire* est explicite dans le texte. On peut le regretter, mais il convient de s'incliner.

C'est en raison de la destination de l'acte que les individus sont dépourvus du droit de saisir la Cour contre l'abstention de la Commission de déclencher le mécanisme de l'article 169. La doctrine et la jurisprudence manifestent trop souvent une confusion à ce sujet. En effet, pour nier ce droit aux individus dans le cadre de la CEE, on fait observer que l'acte adopté par la Commission dans le cadre de la procédure de l'article 169 est un *avis motivé* contre lequel un recours n'est pas admis ou, encore, que la Commission exerce dans ce domaine un *pouvoir discrétionnaire* (83). Mais l'accent doit être mis sur le fait que l'acte adopté par la Commission dans le cadre de la procédure de l'article 169 est adressé à l'État membre et non pas à l'individu. Or l'exigence que seul le *destinataire* éventuel de l'acte puisse saisir la Cour sur la base de l'article 175, alinéa 3, suffit pour justifier l'exclusion des individus du droit d'intenter un recours en carence dans ce cas.

Recours en annulation dans le cadre du Traité CECA, recours en constatation de carence dans le cadre du Traité CEE, le fait que, dans les deux cas, il s'agisse d'une *absence de décision explicite* détermine les moyens susceptibles d'être invoqués.

b. – *Les moyens susceptibles d'être invoqués*

L'absence de décision explicite, qui est la caractéristique de la carence, implique nécessairement qu'il ne peut s'agir ni d'incompétence ni de violations des formes substantielles. La possibilité d'invoquer les deux autres moyens d'illégalité dépend de la nature de la compétence envisagée.

Le Traité CECA fait une distinction entre le cas où la Haute Autorité est tenue d'agir et le cas où elle est habilitée à agir. En d'autres termes, ce qui est envisagé, c'est, d'une part, l'obligation d'agir, et, d'autre part, la faculté d'agir. La formule choisie par le Traité CEE est plus ambiguë. En effet, l'article 175 parle d'une abstention « en violation du [présent] traité ». Cette disposition est susceptible de deux lectures différentes. Selon une première conception, il s'agirait de l'unique moyen d'illégalité pouvant être invoqué, ce qui impliquerait que cet article ne vise que l'abstention d'exercer une compétence liée. D'autre part, d'après une seconde conception, ces termes devraient être compris dans un

(83) V. KOVAR, *Ann. fr. dr. intern.*, 1966, pp. 526-527 ; TETIGEN, note sous l'aff. 48/65, *A.J.D.A.*, 1966, p. 486.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

sens large afin de s'étendre au cas du défaut d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. La doctrine communautaire dominante opte pour cette deuxième lecture (84).

Il semblerait qu'une nuance doive être introduite dans le cas où l'institution serait tenue d'agir. En effet, il faudrait distinguer les cas où l'institution a l'obligation d'adopter une mesure sans que le contenu de celle-ci soit fixé (obligation d'agir) et les cas où l'institution est tenue d'adopter une mesure dans un certain sens (compétence liée).

En cas d'obligation d'agir, il paraît certain que le détournement de pouvoir peut être invoqué, s'ajoutant à la violation du traité. Concernant le cas de compétence liée, la jurisprudence française et une partie de la doctrine communautaire semblent exclure la possibilité d'invoquer le détournement de pouvoir (85). Cette position se base sur l'affirmation de De Laubadère selon laquelle « du moment que l'auteur n'avait pas le choix de sa décision », il ne peut s'agir d'un détournement de pouvoir (86). Cette thèse nous paraît pour le moins contestable. Il n'existe, en effet, que peu de cas où il y a une compétence totalement liée. Or la marge restante du pouvoir d'appréciation permettrait d'invoquer le détournement de pouvoir (87). Aussi la doctrine communautaire paraît-elle admettre dans cette éventualité le détournement de pouvoir (88). Par contre, l'unanimité existe en ce qui concerne le moyen susceptible d'être invoqué en cas de compétence discrétionnaire. Il ne peut s'agir ici que d'un détournement de pouvoir. Cet unique moyen d'illégalité est expressément prévu par l'article 35, alinéa 2, du Traité de Paris.

(84) BEBR, *in Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes, op. cit.*, n° 910 ; SOLDATOS, *op. cit.*, p. 372 ; WOLF, *op. cit.*, p. 124 ; CATALANO, *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, p. 372 ; LAGRANGE, *S.E.W.*, 1962, p. 91 ; ROEMER, *S.E.W.*, 1966, p. 14 ; DAIG, *loc. cit.*, p. 179. Contrairement à ce qu'il semble dire dans son article précité (lorsqu'il écrit que cette interprétation est plausible), M. ROEMER semble considérer que seul le cas de compétence liée devait pouvoir faire l'objet du recours en carence. En effet, dans ses conclusions relatives aux affaires jointes 10 et 18/68, précitées, M. ROEMER remarque que « ce qui importe pour un tel recours (fondé sur l'article 175), c'est que par sa carence, une institution de la Communauté a violé le traité. Il en résulte que cette institution doit avoir eu l'obligation d'agir, une simple possibilité dans le cadre d'un pouvoir d'appréciation n'étant pas suffisant en l'espèce ». Dans le même sens, l'avocat général GAND selon qui « il faut [donc] prouver l'omission d'un acte obligatoire de l'institution. Or, aucune disposition du droit communautaire n'oblige la défenderesse à prendre à l'égard des requérants les mesures qu'ils sollicitent » (conclusions dans l'aff. 6/70, *Giberto Borromeo c. Commission, Rec.*, XVI, p. 815).

(85) SOLDATOS, *loc. cit.*, p. 320 ; TELCHINI, *in Dix ans de jurisprudence, op. cit.*, p. 381.

(86) DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd, L.G.D.J., 1973, n° 576.

(87) Tel serait le cas pour le choix du moment pour l'adoption de l'acte.

(88) REUTER, *C.D.E.*, 1972, pp. 173-174 ; BEBR, *in Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes, op. cit.*, n° 910 ; WOLF, *R.M.C.*, 1966, p. 120 ; ROEMER, *S.E.W.*, 1966, p. 14 ; DAIG, *loc. cit.*, p. 179.

CONSIDÉRATIONS SUR LA SPÉCIFICITÉ DU RECOURS EN CARENCE

c. – Les effets de l'arrêt de la Cour

Au terme de cette étude, il conviendrait de s'interroger brièvement sur les effets de l'arrêt rendu par la Cour lorsqu'elle décide que le recours est à la fois recevable et fondé.

Dans le cadre du Traité CECA, on se trouve encore dans le domaine de la fiction juridique. Puisqu'il y a décision de refus, l'arrêt de la Cour prononce son annulation. L'affaire est renvoyée devant la Haute Autorité qui est tenue, aux termes de l'article 34 du traité, de prendre les mesures que comporte l'exécution de la décision d'annulation. Dans le cadre du Traité CEE, la Cour constate la violation du traité. L'article 176 précise que l'institution dont l'abstention a été déclarée contraire au traité est tenue de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour.

Puisque, dans les deux cas, il s'agit d'un recours en cas d'absence de décision explicite, l'arrêt de la Cour a une signification particulière. Les effets de cet arrêt varient selon la nature de la compétence que l'institution s'est abstenue d'exercer. Dans le cas d'une faculté d'agir ou d'une obligation d'agir, l'institution communautaire sera tenue d'adopter une mesure produisant des effets juridiques définitifs. Le sens et le contenu de la mesure à prendre ne sauraient être précisés par l'arrêt de la Cour. Par contre, dans le cas de défaut d'exercice d'une compétence liée, la lecture de l'arrêt suffirait à révéler l'objet de la mesure qu'il incombe à l'institution censurée de prendre (89).

(89) LAGRANGE, *S.E.W.*, 1962, p. 91 ; ROEMER, conclusions dans l'aff. 8/71, précitée.

- 10 -

**VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN :
LES CONDITIONS DU RECOURS INDIVIDUEL EN
ANNULATION DANS LA CEE. À PROPOS DU CAS D'UN
ACTE PRIS SOUS L'APPARENCE D'UN RÈGLEMENT**

OBSERVATIONS SUR L'ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE
DU 18 NOVEMBRE 1975 DANS L'AFFAIRE 100/74, *SOCIÉTÉ CAM SA*
*C. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

1. – Un recours en annulation introduit par un individu en vertu de l'article 173, alinéa 2, du Traité de la CEE contre un règlement ou une décision adressée à une autre personne n'est pas un événement fréquent. Encore moins les espèces où ce recours est déclaré recevable. C'est en raison des termes mêmes de l'article 173 que les individus sont pratiquement privés de la possibilité de contester directement la légalité d'un acte autre que celui qui leur est adressé en propre. La Cour de justice, dont la jurisprudence a, dans bien des domaines, témoigné d'un effort créateur et d'une considération favorable à la protection juridictionnelle des particuliers, n'a pourtant pas assoupli les exigences formulées par le traité (1). Davantage même, on pourrait penser avec quelque raison que la Cour s'en est tenue à une interprétation relativement rigoureuse des conditions énoncées à l'alinéa 2 de l'article 173.

2. – L'individu, sujet de l'ordre juridique communautaire qui, grâce à l'applicabilité directe combinée avec la procédure du renvoi préjudiciel, bénéficie devant les juridictions nationales d'une protection juridictionnelle dont l'efficacité ne cesse de s'améliorer, ne dispose que de voies de droit imparfaites pour se garantir des illégalités commises par les autorités communautaires. Un examen sommaire des recours ouverts aux « requérants non privilégiés » permet de s'en convaincre (2). Le recours en carence de l'article 175 CEE autorise le seul *destinataire* éventuel d'une mesure communautaire à déférer à la censure de la Cour

* *Rec.*, 1975, p. 1393.

(1) G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, alinéa 2, du traité CEE », *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, pp. 31-46.

(2) Voy. l'allocution introductive de L. GOFFIN au VII^e colloque de la F.I.D.E. : « Propos sur les recours individuels en droit communautaire », ronéo.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

l'abstention du Conseil ou de la Commission de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis (3). Par là même, l'individu se trouve écarté de la mise en œuvre de la procédure en constatation de manquement, largement confiée à la discrétion de la Commission (4). Par vocation, l'exception d'illégalité n'est qu'une voie de droit incidente et indirecte (5). Le renvoi préjudiciel en appréciation de la validité est à la disposition des seules juridictions nationales. De par sa nature même, le recours en indemnité a un objet spécifique (6). Enfin, la recevabilité du recours en annulation est assujettie à des conditions peu favorables à l'individu. Peut-être n'est-il pas inutile de rappeler les termes de l'alinéa 2 de l'article 173 :

« Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle en 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 ».

Cette disposition vise trois hypothèses distinctes :

- une décision adressée au requérant. À l'évidence, le destinataire d'une décision doit être en droit de l'attaquer devant la Cour de justice ;
- une décision prise sous l'apparence d'un règlement, mais qui concerne le requérant directement et individuellement. On sait que les particuliers ne sont pas autorisés à entreprendre la légalité d'un authentique règlement ;
- une décision qui, sous l'apparence d'une décision adressée à une autre personne que le requérant, le concerne pourtant directement et individuellement.

(3) Sur le recours en carence en général, voy. P. SOLDATOS, « L'introuvable recours en carence devant la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1969, pp. 313-334 ; E. REUTER, « Le recours en carence de l'article 175 du traité de la CEE dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1972, pp. 157-174 ; A. BARAV, « Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1975, pp. 53-71. Voy., dans le présent recueil, p. 239.

(4) Voy., N. CATALANO, « Les voies de recours ouvertes aux personnes physiques et morales contre les actes non réglementaires de la Commission CEE », *S.E.W.*, 1965, pp. 525-566 ; R. KOVAR, « Le droit des personnes privées à obtenir de la Cour des Communautés le respect du droit communautaire par les États membres », *Ann. fr. dr. intern.*, 1966, pp. 509-543.

(5) Voy., G. BEBR, « Judicial remedy of private parties against normative acts of the European Communities », *Comm. M.L.Rev.*, 1966/67, pp. 7-31 ; J.-V. LOUIS, « De l'exception d'illégalité dans la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes », *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, 1965, pp. 109-122 ; A. BARAV, « The exception of illegality in Community Law: a critical analysis », *Comm. M.L.Rev.*, 1974, pp. 366-386.

(6) Sur les rapports entre l'illégalité et la responsabilité, voy. le commentaire de L. GOFFIN et M. MAHIEU sous C.J.C.E., 26 avril 1971, aff. 4/69, *Société Alfons Lüttiche GmbH c. Commission*, *Rec.*, XVII, p. 325, *C.D.E.*, 1972, pp. 58 et s.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

3. – On conçoit aisément que l’alinéa 2 de l’article 173 ait été et soit encore au centre de controverses tant doctrinales que jurisprudentielles. Leur issue, une interprétation plus ou moins stricte des termes de cette disposition, conditionne l’étendue de la protection juridictionnelle reconnue aux individus.

4. – Toutes les affaires portées devant la Cour au titre de l’article 173, alinéa 2, mettaient, jusqu’à présent, en cause la légalité d’un acte se présentant formellement comme un règlement ou une décision adressée à un État membre (7). C’est à leur propos que les juges ont estimé que la formule « autres personnes » visait aussi les États membres (8). Ce premier préliminaire réglé, la Cour s’est trouvée confrontée à la formule « prise sous l’apparence » dont on a vu la place dans l’alinéa 2 de l’article 173. Cette expression semble indiquer un camouflage, plus précisément un certain détournement de procédure. En vérité, la Cour ne lui a accordé que peu d’attention. Dans certains de ses arrêts, elle néglige même de la mentionner (9), alors que, dans d’autres, elle s’y réfère, mais sans la discuter (10). Finalement, c’est surtout la double exigence d’être « directement et individuellement concerné » qui constitue pour l’individu une barrière quasi infranchissable à l’accès du prétoire de la Cour lorsque la décision entreprise ne lui est pas adressée. Aussi doit-on souligner les mérites de l’arrêt du 18 novembre 1975 qui n’est que le quatrième à avoir admis la recevabilité d’un recours introduit sur la base de l’alinéa 2 de l’article 173. L’événement est d’autant plus intéressant que les particularités de l’espèce la singularisent par rapport aux décisions antérieures de la juridiction communautaire.

5. – La fixation et le paiement de restitutions à l’exportation de certains produits relevant de l’organisation commune des marchés dans le secteur des céréales sont régis par l’article 16 du règlement du Conseil n° 120/67 (11). L’exportateur a, en principe, droit à une

(7) On notera, néanmoins, que, dans les aff. jtes 10 et 18/68, *Eridania Zuccherifici Nazionali e.a. c. Commission, Rec.*, XV, p. 459, la décision de la Commission était adressée au gouvernement italien et simultanément à un certain nombre de sucreries italiennes.

(8) Voy. aff. 38/64, *Getreide-Import Gesellschaft c. Commission, Rec.*, XI, p. 263.

(9) Voy. aff. 25/62, *Plaumann et Commission, Rec.*, IX, p. 197, et aff. 38/64, précitée.

(10) Voy. aff. 30/67, *Industria Molitoria Imolese c. Conseil, Rec.*, XIV, p. 171 et 69/69, *S.A. Alcan Aluminium Roeren e.a. c. Commission, Rec.*, XVI, p. 385. Selon M. WAELBROECK (*R.C.J.B.*, 1971, p. 529), « ... malgré l’utilisation des mots “décisions... prises sous l’apparence... d’une décision adressée à une autre personne”, il ne faudrait pas croire que seules les décisions qui ne visent qu’en apparence une autre personne peuvent faire l’objet de recours (voy. les conclusions de l’avocat général ROEMER sous *Plaumann*, pp. 235-236) ». Dans le même sens, voy. N. CATALANO, article précité, p. 548 et les arguments de S. NERI, *La protection juridictionnelle des particuliers dans les Communautés européennes*, UGA (Heule), 1965, pp. 44-45.

(11) Règlement du Conseil CEE, 13 juin 1967, portant organisation commune des marchés dans le secteur des céréales, *J.O.C.E.*, n° L 117/2869, 19 juin 1967.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

restitution dont le montant est évalué par rapport au jour où l'exportation a lieu. Mais, aux termes de l'article 16, paragraphe 4, de ce règlement, la restitution peut être préfixée, c'est-à-dire que l'exportateur peut opter pour la restitution applicable le jour du dépôt de la demande de certificat d'exportation. Pourtant, cette même disposition, telle que modifiée par le règlement n° 2429/72 du Conseil (12), prévoit que les restitutions ainsi préfixées seront ajustées en fonction du prix de seuil applicable pendant le mois de l'exportation. Les prix de seuil, fixés normalement avant le 15 mars pour une campagne entière, font, cependant, l'objet de majorations mensuelles. Une augmentation du prix de seuil a pour conséquence une augmentation correspondante de la restitution. Considérant la hausse des coûts de production dans le secteur agricole au cours de l'été 1974, le Conseil arrêta un règlement (13) prévoyant une majoration exceptionnelle de 5 % des prix communs des produits agricoles à compter du 7 octobre 1974. Dès lors, les prix de seuil se trouvaient modifiés et affectaient par voie de conséquence le montant des restitutions. L'article 4 de ce règlement habilitait la Commission à adopter les mesures d'application nécessaires. À ce titre, la Commission adoptait un règlement n° 2546/74 (14) comportant deux articles. Le premier disposait que, « pour les produits relevant des règlements n° 120/67 CEE et n° 359/67 CEE, les prélèvements à l'importation et les restitutions à l'exportation ayant fait l'objet d'une fixation à l'avance et dont le jour de dépôt de la demande au sens de l'article 6 du règlement (CEE) n° 1373/70 se situe avant le 7 octobre 1974 ne sont pas ajustés en fonction de la partie de l'augmentation des prix de seuil résultant de l'augmentation des prix agricoles au 7 octobre 1974 ». Le second article fixe la date de l'entrée en vigueur de ce règlement au 7 octobre 1974. De l'exposé des motifs de ce règlement, il ressort que l'exclusion ainsi décidée était, selon la Commission, justifiée par la considération de l'expiration à bref délai de la validité des certificats comportant préfixation de la restitution inutilisée le 7 octobre en raison de la suppression,

(12) Règlement du Conseil CEE, 21 novembre 1972, concernant la suspension de l'application des dispositions prévoyant la fixation à l'avance des prélèvements et des restitutions dans différents secteurs de l'organisation commune des marchés, *J.O.C.E.*, n° L 264/1, 23 novembre 1972.

(13) Règlement du Conseil n° 2496/74 du 2 octobre 1974 modifiant les prix applicables dans le secteur agricole pour la campagne 1974-1975, *J.O.C.E.*, n° L 268/1, 3 octobre 1974.

(14) Règlement de la Commission du 4 octobre 1974 relatif à certaines mesures à prendre pour les certificats comportant fixation à l'avance du prélèvement à l'importation ou de la restitution dans le secteur des céréales et du riz à la suite du relèvement du niveau des prix de seuil avec effet du 7 octobre 1974, *J.O.C.E.*, n° L 271/77, 3 octobre 1974.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

notamment depuis le 26 juillet 1974 en ce qui concerne les produits exportés par la requérante, de toute restitution. La Commission estimait que la quantité des produits couverts par ces certificats, mais non encore exportés, avait fait l'objet d'achats sur le marché communautaire à des prix déterminés par le niveau de prix communs valables avant le 7 octobre.

6. – La requérante, la société française CAM, était titulaire d'un certificat d'exportation pour 10.000 tonnes d'orge valable du 19 juillet au 16 octobre 1974 avec préfixation d'une restitution nulle. La plus grande quantité de l'orge avait été exportée avant le 7 octobre, mais, entre le 7 et le 16 de ce mois, la société CAM exportait la quantité restante s'élevant à 3.978 tonnes. La Commission opposait un refus à sa demande tendant à bénéficier de l'augmentation de la restitution en ce qui concernait cette dernière livraison. Aussi, la société CAM introduisait-elle devant la Cour de justice un recours en annulation contre le règlement n° 2546/74 de la Commission (14bis).

Contestant la légalité d'un règlement, la requérante était tenue d'établir qu'elle était directement et individuellement concernée et que l'acte entrepris n'avait que l'apparence d'une mesure réglementaire. Suivant une démarche « classique », elle soutenait que le règlement de la Commission s'appliquait à un nombre déterminé de personnes connues et identifiables ne constituant, de ce fait, qu'un faisceau de décisions individuelles. Ainsi, au-delà des apparences, ce prétendu règlement révélait sa véritable nature. La société CAM s'affirmait individuellement concernée puisqu'elle avait obtenu, avant le 7 octobre, un certificat d'exportation dont la validité n'expirait que postérieurement à cette date. Autre raison invoquée : une fraction du volume total autorisé n'avait été exportée qu'entre le 7 et le 16 octobre.

7. – La Commission ne manquera pas de discuter la recevabilité du recours. Pour elle, le règlement en cause était authentiquement normatif en ce qu'il faisait partie intégrante d'une série d'actes adoptés en exécution du règlement n° 2496/74 du Conseil. Au surplus, la Commission estimait que son règlement ne concernait pas la requérante individuellement puisqu'il affectait non seulement les exportateurs qui avaient opté pour des restitutions préfixées, parmi lesquels figurait la requérante, mais aussi les importateurs bénéficiant des prélèvements fixés à l'avance. Se prévalant de l'arrêt de la Cour du

(14bis) On observera que le recours contre ce règlement publié au *J.O.C.E.*, le 3 octobre 1974, pour prendre effet le 7 octobre 1974, n'a été enregistré au greffe de la Cour que le 19 décembre 1974, après expiration du délai prévu.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

16 avril 1970 dans l'affaire 64/69 (15), la Commission rappelait « que la nature réglementaire d'un acte ne serait pas mise en cause par la possibilité de déterminer avec plus ou moins de précision le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte en relation avec la finalité de ce dernier ». On notera, dès maintenant, le peu d'attention accordée dans ce débat au « directement concerné ».

8. – Tenant compte de ces arguments, la Cour estima nécessaire de commencer par « déterminer la nature et la portée de l'acte attaqué au regard des exigences de l'article 173 en matière de recevabilité des recours en annulation ». On sait que, pour déterminer la nature juridique des actes administratifs, la Cour fait prévaloir les critères matériels sur toute autre considération. Cette attitude était acquise dès la CECA (16). Elle ne devait à aucun moment se démentir par la suite. Dans son arrêt *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, on peut lire ainsi que, « dans l'examen de cette question la Cour ne saurait se contenter de la dénomination officielle de l'acte, mais doit tenir compte en premier lieu de son objet et de son contenu » (17).

9. – En abordant le problème de la recevabilité des recours intentés en vertu de l'article 173, alinéa 2, la Cour n'a pas toujours suivi la même démarche. Dans certains cas – les affaires *Industria Molitoria Imolese* (18) et *Zuckerfabrik Watenstedt* (19) –, elle s'attache en premier à l'examen de la nature de l'acte entrepris au regard des critères généraux permettant de distinguer entre règlement et décision. Ses investigations l'ont amenée dans ces deux espèces à confirmer la nature réglementaire des actes attaqués et à déclarer l'irrecevabilité des recours. Dans son arrêt *Sgarlata* (20), par contre, la Cour a estimé ne pas devoir déterminer la nature de la mesure en cause, pour se contenter de rechercher si la requérante était concernée d'une manière directe et individuelle. Cette approche semble avoir été également celle retenue dans l'arrêt *International Fruit Company* (21). C'est à cette seconde tendance qu'il convient de rattacher la décision rendue par la Cour dans la présente affaire. Au terme d'une analyse du système communautaire de restitutions à l'exportation, le juge reconnaît l'intérêt

(15) *Compagnie française commerciale et financière c. Commission*, Rec., XVI, p. 221.

(16) Voy. R. KOVAR, *Le pouvoir réglementaire de la CECA*, Paris, L.G.D.J., 1964.

(17) Aff. jtes 16-17/62, Rec., VIII, pp. 901-918.

(18) Précitée.

(19) Aff. 6/68, Rec., XIV, p. 595.

(20) Aff. 40/64, Rec., XI, p. 279.

(21) Aff. jtes 41-40/70, Rec., XVII, p. 411.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

direct et individuel de la requérante. Contrairement aux conclusions de l'avocat général, le recours est déclaré recevable. Succès éphémère, puisque le recours sera rejeté comme non fondé.

10. – Négligeant à dessein les questions de fond discutées dans l'arrêt, ce commentaire sera centré sur les conditions de recevabilité du recours individuel en annulation.

« Directement et individuellement concerné » sont des conditions cumulatives. Le défaut de l'une d'elles suffit à écarter un tel recours sans avoir à envisager la seconde. La Cour n'a pas manqué de procéder ainsi par un compréhensible souci d'économie de moyens. Généralement, il lui est apparu plus commode de renverser l'ordre des conditions établi à l'article 173. Aussi a-t-elle souvent déclaré qu'« il devient superflu, si le requérant n'est pas concerné individuellement par ladite décision de chercher si celle-ci le frappe d'une façon directe » (22). On peut penser que cette inversion de l'ordre des facteurs de l'alinéa 2 de l'article 173 s'explique par la plus grande facilité relative éprouvée par la Cour pour déterminer l'existence de la seconde des deux conditions. Aussi la jurisprudence livre-t-elle davantage d'indications relatives à l'individuellement qu'au directement concerné. Les avocats généraux accordent, en revanche, une attention plus équitable à ces deux exigences.

I. – SUR L'INDIVIDUELLEMENT CONCERNÉ

11. – Précisément, l'arrêt rapporté consacre cinq *attendus* à rechercher si l'acte de la Commission concerne individuellement la requérante, alors qu'un seul considérant suffit à la Cour pour constater qu'il affecte directement la société CAM. Pourtant, sa décision, sans être dépourvue de tout intérêt, n'apporte aucune innovation essentielle à propos de la condition de recevabilité du recours individuel en annulation. La Cour se contente d'appliquer à l'espèce une jurisprudence restrictive certes, mais bien établie. Ces solutions remontent à l'arrêt *Plaumann* (23). Cet arrêt contient une définition des termes « individuellement concerné » dont la Cour ne s'est jamais substantiellement écartée. « Les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement 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

(22) Aff. 25/62, *Plaumann, Rec.*, IX, p. 191, spéc. p. 223. Aff. 1/64, *Glucoseries Réunion, Rec.*, X, p. 811, spéc. p. 823.

(23) Précité.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire ». Cette formulation particulièrement rigoureuse est souvent critiquée par la doctrine. M. Lagrange a exprimé le souhait, partagé par beaucoup d'autres, que le terme individuellement soit supprimé (24). L. Goffin estime que le texte de l'article 173 permettrait de n'exiger qu'un intérêt personnel (25). Les conditions de recevabilité du recours individuel dans la CEE se rapprocheraient ainsi de celles exigées dans la CECA. Par contre, l'avocat général Mayras affirme son attachement à l'exigence d'un droit subjectif (26). Pour lui, « les auteurs du traité de Rome, instruits d'ailleurs par l'expérience du système des recours dans le traité de la Communauté charbon-acier, ont manifestement redouté qu'une ouverture trop large du recours en annulation ne conduise – pour peu qu'une interprétation libérale de la notion d'intérêt pour agir fût retenue par votre Cour – à une contestation permanente de la réglementation communautaire et à l'admission d'un véritable "recours populaire" dont pourrait user à sa guise toute personne physique ou morale appartenant à une catégorie dont les intérêts pourraient être lésés par un règlement ». M. Mayras considère qu'« on ne peut qu'admettre la raison d'être des dispositions restrictives de l'article 173, paragraphe 2 ». On relèvera cependant que l'avocat général développe ces considérations essentiellement à propos de la protection à reconnaître au règlement. On est en droit de se demander si la même rigueur se justifierait à l'égard d'une décision dont le destinataire est un État ou une personne privée autre que le requérant. C'est, précisément, surtout à propos de décisions adressées à des États que la Cour a pu se prononcer sur la recevabilité d'un recours individuel (27).

12. – Ainsi a-t-elle jugé qu'une société allemande n'était pas individuellement concernée par une décision de la Commission destinée au gouvernement auquel elle refusait le droit de suspendre partiellement la perception de droits de douane sur les clémentines importées d'États tiers. Il lui est apparu que la requérante était atteinte en tant qu'importateur de clémentines, c'est-à-dire en raison d'une activité commerciale qui, à tout moment, pouvait être exercée par toute personne et, de ce fait, n'était pas de nature à la caractériser d'une manière analogue à celle du

(24) *Dix ans de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Carl Heymanns Verlag, 1965, p. 606, spéc. p. 610.

(25) Allocution précitée, p. 7.

(26) Conclusions sous l'arrêt *Merkur*, aff. 43/72, *Rec.*, 1973, p. 1079.

(27) L'exigence d'un « droit subjectif » paraît au-delà des conditions formulées par la Cour. Un intérêt individuel est de nature à la satisfaire. Jamais elle n'a cru devoir utiliser l'expression « droit subjectif ».

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

destinataire (28). De même, dans l'affaire *Glucoseries Réunies* (29), une société belge productrice de glucose contestait devant la Cour la légalité d'une décision de la Commission autorisant le gouvernement français à percevoir des taxes compensatoires lors de l'importation de glucose en provenance d'autres États membres de la Communauté, justifiant son intérêt à agir par la considération qu'elle était, en fait, sur le marché belge la seule entreprise productrice à la fois capable d'exporter le produit en question en France et intéressée à le faire. Aussi demandait-elle à la Cour d'admettre la recevabilité de son recours. Celle-ci reproduisit la formule énoncée dans son arrêt *Plaumann*. Elle a d'abord constaté que les effets de la décision en cause n'étaient pas limités aux exportations en provenance de Belgique. D'autre part, en admettant même que la requérante ait occupé une position spéciale sur le marché belge, la Cour a considéré que le but de la décision étant de protéger l'économie française contre la concurrence des entreprises étrangères, elle ne pouvait concerner que l'ensemble des exportateurs de glucose des États membres vers la France. La portée générale de la décision excluait nécessairement la possibilité pour la requérante d'être individuellement concernée par elle. L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Sgarlata* (30) s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence inaugurée avec l'affaire *Plaumann*. Le règlement de la Commission fixant les prix de référence des agrumes ne saurait concerner individuellement la requérante, puisque ces prix ont été établis dans l'intérêt public, et que leur fixation conditionne l'activité commerciale en général et s'adresse à un ensemble de ressortissants de la Communauté. Suivant encore la même approche, la Cour note, dans son arrêt *Getreide Import Gesellschaft* (31), que « la circonstance purement contingente que postérieurement à l'adoption de la décision seule la requérante ait demandé une licence d'importation n'était pas suffisante pour distinguer la requérante des autres importateurs et l'individualiser au sens de l'article 173 ». Enfin, pour la Haute Juridiction communautaire, l'*Industria Molitoria Imolese* (32) n'était pas individuellement concernée par un règlement du Conseil fixant les prix et les principaux centres de commercialisation dans le secteur des céréales, car les dispositions soumises à sa censure affectaient les intérêts d'utilisateurs et d'opérateurs commerciaux

(28) Aff. 25/62, *Plaumann*, précitée.

(29) Aff. 1/64, *Rec.*, X, p. 811.

(30) Précitée.

(31) Aff. 38/64, *Rec.*, XI, p. 263, spéc. p. 270. On notera tout particulièrement la précision selon laquelle la circonstance invoquée par la requérante était « purement contingente », dont l'importance sera mise en évidence par la suite.

(32) Aff. 30/67, *Rec.*, XIV, p. 121.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

abstraitement envisagés, caractérisés uniquement par leur participation au marché des produits en cause.

Cette première série de décisions permet de concrétiser la formule abstraite de l'arrêt *Plaumann*. Ainsi se précisent les qualités ou les situations de fait qui sont de nature à individualiser une personne d'une manière analogue au destinataire. Une synthèse serait pourtant prématurée. Il convient encore d'examiner les arrêts où la Cour a reconnu qu'un particulier était concerné individuellement par une décision adressée à un État membre.

13. – Dans la première espèce, le requérant attaquait une décision de la Commission adressée à la République fédérale d'Allemagne validant des mesures de sauvegarde unilatéralement adoptées par celle-ci, conformément aux dispositions du règlement n° 22 du Conseil sur l'établissement graduel d'une organisation commune de marché pour les céréales. L'Allemagne ayant donné effet rétroactif aux mesures de sauvegarde adoptées, il s'ensuivait que le nombre et l'identité des importateurs affectés par celles-ci étaient connus au moment où la Commission s'est prononcée. Dans ces conditions, la Cour a estimé que « la situation de fait ainsi créée caractérisait [ces importateurs] par rapport à toute autre personne d'une manière analogue à celle du destinataire » (33). On a pu estimer que la Cour, dans cet arrêt, a permis aux justiciables faisant preuve d'un intérêt individuel suffisant d'attaquer les décisions qui, sans les désigner directement ou indirectement comme des destinataires de l'acte attaqué, les individualisaient suffisamment pour qu'on puisse les considérer, par une fiction rétroactive, comme d'hypothétiques destinataires (34). Peu optimistes, Rasquin et Chevallier considéraient que l'arrêt 106-107/63 avait été rendu « à propos d'un cas si particulier qu'il doit être considéré comme une exception accidentelle à une jurisprudence qui demeure constante » (35). Sans les démentir entièrement, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice se révèle moins restrictive qu'on aurait pu le craindre à les écouter.

14. – La seconde espèce mettait en cause une situation juridique plus complexe. Par un règlement, la Commission avait arrêté des mesures de sauvegarde en vue de restreindre, pendant une période limitée, les importations dans la Communauté de pommes de table en provenance d'États tiers. Ces mesures consistaient en un régime de titres d'importation à délivrer dans la mesure où la situation du marché

(33) Aff. jtes 106-107/63, *Toepfer e.a. c. Commission de la CEE*, Rec., XI, p. 525, spéc. p. 532.

(34) G. RASQUIN et R.-M. CHEVALLIER, « L'article 173, alinéa 2, du traité CEE », *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, pp. 31 et s., spéc. p. 43.

(35) *Ibid.*

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

communautaire le permettrait. Les États membres étaient tenus de communiquer hebdomadairement à la Commission les quantités pour lesquelles des titres d'importation avaient été demandés au cours de la semaine, en indiquant les mois sur lesquels ils portaient. Au vu de ces renseignements, la Commission appréciait la situation et décidait de la délivrance des titres. Par un règlement ultérieur, la Commission avait décidé qu'il serait donné suite aux demandes de titres d'importation déposées jusqu'au 20 mars 1970 dans la limite de la quantité indiquée dans la demande et à concurrence de 80 % d'une quantité de référence définie par elle. La date du 20 mars 1970 avait été ensuite successivement reportée par plusieurs règlements qui reconduisaient les mesures de sauvegarde et les rendaient applicables aux demandes de titres d'importation déposées au cours de chaque période. En vertu du règlement attaqué, ce régime avait été appliqué pour la période au cours de laquelle avaient été déposées les demandes formées par les requérantes ; ces demandes avaient été rejetées. Constatant que ce règlement avait été arrêté « au vu, d'une part, de la situation du marché et, d'autre part, des quantités de pommes de table pour lesquelles les demandes individuelles de titres d'importation avaient été déposées au cours de la semaine expirant le 22 mars 1970 », la Cour en déduit que, « lors de l'adoption dudit règlement, le nombre de demandes susceptibles d'en être affectées était donc déterminé ; qu'aucune nouvelle demande ne pouvait s'y ajouter ; que c'est en considération de la quantité totale pour laquelle les demandes avaient été introduites qu'a été déterminé le pourcentage dans les limites duquel il pouvait y être satisfait ; que, de ce fait, en arrêtant le maintien, pour la période en cause, du régime mis en œuvre par l'article 1^{er} du règlement n° 565/70, la Commission, même si elle a pris connaissance uniquement des quantités demandées, a décidé de la suite à donner à chaque demande déposée ». Aussi, la disposition attaquée « ne constitue pas une disposition de portée générale », mais « doit s'analyser en un faisceau de décisions individuelles prises par la Commission... sous l'apparence d'un règlement, chacune affectant la situation juridique de chacun des auteurs de demandes », et concerne donc individuellement les requérantes (36).

De cette décision, comme de la précédente, se dégage un certain relent de détournement de pouvoir ou, à tout le moins, de procédure. On observera à ce propos que la Cour a également jugé que la disposition qui fixe la date à partir de laquelle les dispositions d'un règlement

(36) Aff. jtes 41 à 44/70, *International Fruit Company e.a. c. Commission des Communautés européennes*, Rec., XVII, pp. 411 et s., spéc. pp. 420-421.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

prennent effet, éventuellement même avec rétroactivité, appartient à la généralité de celui-ci, « sauf détournement de pouvoir » (37).

15. – Dans l'affaire *Bock* (38), antécédent immédiat de l'espèce examinée, la requérante mettait en cause une décision de la Commission autorisant le gouvernement allemand à exclure du traitement communautaire les champignons originaires de Chine et mis en libre pratique dans les États du Benelux. Cette autorisation visait également les importations pour lesquelles des demandes de licence se trouvaient « actuellement et régulièrement en instance auprès de l'administration allemande ». La Cour relève que le nombre et l'individualité des importateurs étaient déterminés et vérifiables dès avant la date de l'adoption de sa décision par la Commission qui était en mesure de savoir qui s'en trouverait affecté. En conséquence, les requérants étaient individualisés au sens de l'article 173, alinéa 2.

16. – Le rapprochement de la jurisprudence de la Cour concernant la notion d'intérêt individuel de celle relative à la notion de règlement permet de constater l'utilisation de critères très similaires (39). Observons d'abord que, dans chacun de ces arrêts – *Getreide Import Gesellschaft*, *Sgarlata*, *Toepfer* et *Industria Molitoria Imolese*, pour ne citer que les principaux –, la Cour insiste sur le caractère abstrait, objectif de la norme : « la requérante n'a été atteinte qu'en tant que membre d'une de ces catégories abstraitement délimitées » (40). Sans que le terme soit utilisé, la formule de la Cour dans son arrêt *Plaumann* s'inspire de la même idée lorsqu'elle relève que le requérant était atteint par la mesure en cause « en tant qu'importateur de clémentines, c'est-à-dire en raison d'une activité commerciale qui, à n'importe quel moment, peut être exercée par n'importe quel sujet... ». Cette insistance à mettre en évidence le caractère « catégoriel » de la définition des destinataires d'un acte de nature réglementaire mérite d'être soulignée.

Certes, la Cour a admis qu'un règlement peut n'être, en réalité, qu'une décision ou un faisceau de décisions individuelles – dans sa totalité ou dans certains de ses éléments –, mais, pour cela, il ne suffit pas que les destinataires soient « identifiables » ; encore faut-il qu'ils soient « atteints en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre

(37) Aff. 63/69, *Compagnie française commerciale c. Commission*, Rec., XVI, p. 205.

(38) Aff. 62/70, *Rec.*, XVII, p. 897. Voy. commentaire par I. VEROUSTRATE, *C.D.E.*, 1972, pp. 661 et s.

(39) Voy. R. KOVAR, commentaire de l'arrêt *Plaumann*, *Journ. dr. intern.*, 1964, pp. 397 et s., spéc. pp. 399.

(40) Aff. 38/64 et aff. 40/64, précitées.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire » (41).

L'identification doit donc aboutir à une véritable individualisation. On conçoit aisément que ces deux exigences ne se confondent pas. Il est, en effet, possible d'identifier à un moment donné les composants d'une catégorie abstraitement définie sans pour autant que ceux-ci soient caractérisés par rapport à toute autre personne. L'identification n'est qu'une condition de l'individualisation. Dans son arrêt *Zuckerfabrik Watenstedt* (42), la Cour a estimé que la nature réglementaire d'un acte ne saurait être remise en cause par la possibilité de déterminer, à un moment donné, le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique si cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte. Pas plus, d'ailleurs, que n'est déterminante la circonstance qu'une disposition puisse avoir des effets concrets pour les divers sujets de droit auxquels elle s'applique.

On peut donc affirmer sans trop de risque d'erreur que le critère de l'acte général est de s'appliquer « à des situations déterminées objectivement et comportant des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite ». Pour ce qui est, précisément, de l'article 173, alinéa 2, du Traité de la CEE, le critère du règlement réside dans la délimitation « abstraite », « objective », « catégorielle » des personnes concernées. Le nombre déterminé ou indéterminé des destinataires n'est qu'une conséquence du caractère « abstrait », et non le critère de l'acte réglementaire. À la limite, on serait en droit de penser que la catégorie considérée pourrait ne comprendre qu'une seule personne sans pour autant que la nature générale de l'acte en soit atteinte. Du moment que cette personne se trouve soumise à l'acte en raison de son appartenance à une catégorie définie abstraitement, cette situation particulière semble indifférente, puisqu'il n'y a pas individualisation, mais délimitation à partir d'une situation objective. La formule utilisée par la Cour dans son arrêt 6/68 paraît inclure cette conséquence ultime dans sa logique interne.

17. – Ces considérations nous amènent à systématiser les conditions requises par la Cour de justice pour admettre qu'un acte pris sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne puisse concerner individuellement un requérant. Il s'avère que ces conditions sont exactement inverses de celles énoncées à propos de

(41) Aff. 25/62, précitée.

(42) Aff. 6/68, *Rec.*, XIV, pp. 595 et s.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

la notion de règlement. Ces conditions sont, les unes, de nature objective, les autres présentent un caractère subjectif. Leur combinaison paraît constituer la notion d'intérêt individuel au sens de l'alinéa 2 de l'article 173.

Les conditions objectives doivent permettre d'individualiser l'intéressé « d'une manière analogue à celle du destinataire de la décision », précise, on le sait, la Cour. Pour ce, la décision doit l'atteindre en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui le caractérise par rapport à toute autre personne. Autrement dit, et en empruntant ce terme au vocabulaire du contentieux de la responsabilité, le requérant doit être affecté « spécialement » par la mesure contestée. La Cour a refusé d'admettre que l'activité exercée par les intéressés ou leur situation sur le marché pouvaient être suffisantes en elles-mêmes (43). La considération déterminante ne saurait être que celle de leur situation par rapport à l'acte attaqué.

Cette situation ne doit pas être générique, mais spécifique au requérant. La connaissance du nombre et de l'identité des personnes concernées, généralement rendue possible par le caractère rétroactif de la mesure, n'est qu'une donnée première qui doit encore être complétée par l'individualisation de leur situation. Cette individualisation résultera non seulement de certaines qualités particulières ou d'une situation de fait spécifique (44), données objectives, mais aussi de leur prise en considération par l'autorité communautaire. Ainsi apparaît la seconde condition de nature subjective. Les allusions plus ou moins explicites au détournement de pouvoir qu'il nous a été donné de relever dans les arrêts de la Cour sont autant d'indices de cette démarche. Comme le fait observer M. Waelbroeck (45), « il ne suffit pas que le nombre ou l'identité de ces personnes soient connus, ou puissent l'être ; il faut encore qu'ils figurent parmi les éléments ayant déterminé l'adoption de l'acte. En d'autres mots, il faut un lien de causalité entre la connaissance qu'a l'institution de la situation du requérant et la mesure adoptée ». On citera encore J. Amphoux (46), pour qui « ... une disposition conférant

(43) Voy. J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, pp. 333-334 : « Dans la mesure où, déduites de cas d'espèces, elles sont susceptibles d'une certaine systématisation, les indications données par la jurisprudence montrent que les intéressés ont cru pouvoir les reconnaître dans l'existence et, plus rigoureusement, dans la combinaison de trois éléments : l'activité qu'ils exerçaient, leur situation sur le marché et leur position par rapport à la réglementation applicable. À quelques exceptions près, la Cour ne les a suivis sur aucun de ces points ».

(44) Conditions qui sont le contraire d'une délimitation « catégorielle ».

(45) Article précité, p. 553.

(46) *C.D.E.*, 1970, p. 694, note n° 2.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

un effet rétroactif à un acte et limitant par là les personnes concernées à un groupe déterminé et définissable, ne se verrait reconnaître par la Cour qu'une apparence réglementaire s'il s'avérait que cette disposition procède non pas de considérations objectives, mais de la volonté d'affecter les intérêts de ce groupe de personnes envisagées dans leur individualité ». Aussi le détournement de pouvoir n'est-il pas une condition absolument indispensable pour qu'un acte apparemment général soit jugé individuel, il n'en constituera pas moins à cet égard une indication décisive : l'arrêt *International Fruit Company* en porte témoignage. De même, le caractère rétroactif de l'acte n'est aucunement une condition intrinsèque ; néanmoins, il facilite incontestablement la preuve de la limitation du nombre des intéressés et de la connaissance de leur identité. À supposer que ces deux conditions soient remplies, mais qu'il soit établi que la mesure prise vise, réellement, les intéressés en raison de leur appartenance à une catégorie abstraitement définie, on peut penser que la Cour refuserait de les considérer « individuellement concernés » par la décision en cause.

L'examen de la jurisprudence permet de vérifier l'importance attachée à la considération de la finalité des actes. Ainsi, dans son arrêt *Toepfer* (47), la Cour note que « l'exécutif communautaire était en mesure de savoir que sa décision affectait exclusivement les intérêts et la position des importateurs qui les premiers avaient sollicité des certificats d'importation ». Précisément, dans cette espèce comme dans d'autres, les mesures attaquées avaient été prises pour pallier les conséquences du comportement des requérants, et non à des fins normatives. Il en va autrement lorsque la Cour est à même de constater la « portée économique générale » d'une mesure pour estimer, dès lors, que les Glucoseries Réunies (48) ne pouvaient prétendre être individuellement concernées par la décision autorisant la France à percevoir une taxe compensatoire à l'importation de glucose en provenance de certains États membres (49). Les conclusions de l'avocat général Roemer confirment la prise en considération de la finalité normative de la mesure contestée (50).

18. – La Cour combine donc deux séries d'indices. Les premiers sont de nature objective : limitation du nombre des personnes concernées et possibilité de les individualiser. Les seconds sont de nature subjective : connaissance des intéressés par l'autorité communautaire et prise en

(47) Précité. Dans les mêmes termes, voy. l'arrêt *Bock*, précité, attendus n^{os} 9, 10, 11.

(48) Précitée, dans le sens de la considération des objectifs de la mesure.

(49) Voy., aussi, l'arrêt *Compagnie française commerciale*, précité, attendus n^{os} 11 et s.

(50) Conclusions sous l'arrêt *Glucoseries Réunies*, précité, pp. 837-838.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

considération des données précédentes lors de l'adoption de la mesure en cause. Elle adopte, en conséquence, une démarche ternaire : dans un premier temps, elle s'attache à vérifier la possibilité de déterminer le nombre et l'identité des intéressés, puis l'existence de caractères qui leur sont propres ou d'une situation de fait les individualisant par rapport à toute autre personne, enfin, elle recherche si ces considérations ont été déterminantes lors de l'adoption de l'acte (51) ou si, au contraire, celui-ci a été véritablement pris en vue de régler une situation objective. La finalité normative est donc l'un des éléments permettant d'apprécier la nature de l'acte (52). C'est ce que devait justement rappeler l'agent de la Commission dans l'affaire *CAM*. Pour lui, « la nature réglementaire d'un acte ne serait pas mise en cause par la possibilité de déterminer avec plus ou moins de précision le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte en relation avec la finalité de ce dernier ».

19. – L'avocat général Warner concluait à l'irrecevabilité du recours. Il ne lui semblait pas possible, « en partant de l'hypothèse selon laquelle une catégorie de personnes susceptibles d'être affectées par une mesure est fixée à la date de son adoption... de tirer directement la conclusion que cette mesure constitue une série de décisions individuelles affectant les membres de cette catégorie ». Dans le cas d'une mesure arrêtée sous la forme d'un règlement, il lui paraissait conve-

(51) Ainsi, dans son arrêt *CAM*, aff. 100/74, *Rec.*, 1975, p. 1393, attendu n° 18, la Cour souligne que l'acte a visé « des opérateurs économiques déterminés et individualisés ».

(52) Voy. les conclusions de l'avocat général ROEMER sous l'espèce *Sgarlata*, précitée, p. 301 : « Pour se faire une idée correcte de la nature juridique d'un acte d'autorité, il est indispensable de rechercher les fonctions que lui attribue le système dans lequel il s'insère ». Dans un sens très voisin, la Cour déclare, dans son arrêt *Compagnie française commerciale*, précité, p. 211, attendus n°s 11, 12, 13 : « ... en s'estimant individuellement concernée par la disposition attaquée, la requérante paraît s'inspirer d'une appréciation erronée de l'objectif des mesures dont il s'agit ; que celles-ci ne visent pas à compenser dans le chef des opérateurs économiques les avantages ou désavantages résultant de la dévaluation du franc français, de sorte qu'ils seraient placés dans une situation inchangée et que les effets de cette dévaluation seraient à leur égard annihilés ; qu'au contraire, s'abstenant d'intervenir dans la variété des effets individuels que pouvait entraîner ladite dévaluation, ces mesures tendent exclusivement à tirer les conséquences quasi automatiques que la dévaluation comporte pour les mécanismes de prix, fixés en unités de compte, envisagés par la réglementation communautaire agricole ». Surtout, dans son arrêt *Zuckerfabrik Watenstedt*, précité, pp. 605-606, la Cour affirme : « ... la nature réglementaire d'un acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer avec plus ou moins de précision le nombre et même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte, en relation avec la finalité de ce dernier ». Ainsi, les données objectives retenues ne sauraient avoir été déterminées arbitrairement. Il convient qu'elles soient adaptées à la finalité de la mesure.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

nable de considérer d'abord la question de savoir si, par sa nature, elle était ou non un règlement. M. Warner tenait à rappeler l'existence de « la législation relative aux catégories fermées » (53). Autrement dit, pour lui comme pour l'agent de la Commission, le fait que l'acte pris par une institution de la Communauté affecte exclusivement les intérêts d'une catégorie de personnes déterminables au moment où il est adopté ne saurait suffire à lui dénier son caractère réglementaire. C'est ainsi que s'applique la référence à la nature de l'acte. L'incidence spéciale de cet acte ne peut être qu'un indice qui, pour être d'importance, ne devrait pas moins céder devant la preuve de la nature authentiquement normative. La thèse de l'avocat général est fondée sur la nécessité de distinguer, au regard de l'article 173, alinéa 2, le cas des décisions adressées à d'autres personnes que le requérant, de celui d'une mesure arrêtée sous la forme d'un règlement. C'est pourquoi la référence aux affaires *Toepfer* et *Bock* est récusée par lui puisqu'elles avaient trait à des décisions. De même devrait être écarté le « précédent » de l'arrêt *International Fruit Company*, « étant donné qu'ainsi que l'a souligné la Cour dans cette affaire, la Commission exerçait, en la matière, le pouvoir de décider du sort des demandes de titres spécifiques introduites pendant une période spécifique, pouvoir que lui avait expressément conféré une législation antérieure ».

En somme, la conception défendue par M. Warner revient à formuler une exigence supplémentaire par rapport aux solutions consacrées par la Cour de justice, dans la mesure où il ne suffirait pas d'établir que l'acte en cause affecte un nombre déterminé d'opérateurs identifiés et individualisés.

La Cour n'a pas cru devoir suivre la voie tracée par son avocat général. La distinction faite à l'égard des intéressés, fondée sur la présomption qu'ils s'étaient déjà couverts pour les exportations non encore réalisées le 7 octobre à des prix insensibles à la hausse qui devait prendre effet à cette date, aboutissait à ce que l'acte litigieux « visait un nombre déterminé d'opérateurs identifiés en raison d'un comportement individuel qu'ils avaient eu ou étaient censés avoir eu au cours d'une période délimitée ». En conséquence, « pareille mesure, même si elle fait partie d'un ensemble de dispositions à caractère normatif, concerne individuellement les sujets de droit visés en ce qu'elle affecte leur position juridique en raison d'une situation de fait qui les caractérise

(53) Dans la version originale de ses conclusions, l'avocat général déclare d'une manière encore plus significative : « *There is, after all, such a thing as legislation affecting a closed class* ».

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

par rapport à toute autre personne et les individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire » (54).

20. – Bien que très proche des formules consacrées par la jurisprudence de la Cour, cette prise de position présente certaines particularités. On observera d'abord qu'à la différence de la requérante, la juridiction communautaire évite d'affirmer que le règlement n° 2546/74 devrait s'analyser en un faisceau de décisions individuelles. Le fait est d'autant plus remarquable que la Cour avait déjà procédé à cette qualification dans certains de ses arrêts antérieurs. Ainsi, dans son arrêt *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes* (55), après avoir caractérisé le règlement par sa normativité, en d'autres termes, son applicabilité « à des catégories envisagées abstraitement et dans leur ensemble », elle déclare « que, dans ces conditions, si un acte qualifié de règlement par son auteur contient des dispositions qui sont de nature à concerner certaines personnes physiques ou morales d'une manière non seulement directe, mais aussi individuelle, il faut admettre qu'en tout état de cause, et sans préjudice de la question de savoir si cet acte considéré dans son ensemble peut être qualifié à juste titre de règlement, ces dispositions n'ont pas un caractère réglementaire et peuvent partant être attaquées par ces personnes aux termes de l'article 173, alinéa 2 » (56). Passant à l'application de ces principes à la disposition attaquée, la Cour constate qu'elle comporte des effets juridiques immédiats, dans tous les États membres, à l'égard de catégories de sujets déterminées d'une manière générale et abstraite. On pourrait penser qu'elle devrait en rester là. Pourtant, elle estime devoir « examiner si la disposition attaquée concerne individuellement les requérantes ». On a le sentiment que, pour la Cour, le fait que la disposition produise des effets juridiques à l'égard de catégories de sujets déterminées d'une manière générale et abstraite n'est qu'une présomption susceptible de tomber devant la preuve d'une incidence individuelle de cette mesure. Dès lors, suivant l'avocat général Lagrange (57), les dispositions qui n'ont du règlement que l'« apparence » sont nécessairement des décisions individuelles. Aussi, dès qu'un acte s'applique

(54) Arrêt *CAM*, précité, attendu n° 19.

(55) Précité, p. 918.

(56) Plus loin, p. 919, on peut lire « que, toutefois, on ne saurait considérer comme constituant une décision un acte applicable à des situations déterminées objectivement et qui comporte des effets juridiques immédiats dans tous les États membres, à l'égard de catégories de personnes envisagées d'une manière générale et abstraite, à moins qu'il ne soit prouvé que certains sujets en sont concernés individuellement, au sens de l'article 173, alinéa 2 ».

(57) Conclusions sous l'arrêt *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, précité, p. 931.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

« d'une manière impersonnelle à des situations objectives, si limitées et précisées soient-elles », il lui apparaît « inutile de rechercher si les dispositions attaquées concernent directement et individuellement » les requérantes (58). Le moins que l'on puisse dire est que la démarche apparente de la Cour ne s'accorde guère avec celle, beaucoup plus cohérente, de son avocat général (59).

L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire 30/67 (60) procède d'une approche identique. Après avoir constaté que « la nature réglementaire de l'acte dont les dispositions attaquées font partie intégrante ne saurait être contestée », elle reconnaît qu'« il peut arriver qu'un acte, tout en ayant dans son ensemble un caractère réglementaire, contient des mesures qui s'adressent à des personnes déterminées de manière à les individualiser au sens de l'article 173, alinéa 2, du traité ». Dans ses conclusions, M. Roemer estime aussi qu'il convient d'abord de déterminer la nature de l'acte attaqué. La considération de la nature de cet acte suffirait à constater qu'il s'agit d'un authentique règlement ; le recours devrait, dès lors, être rejeté comme irrecevable. La même conclusion s'imposerait « si, sans chercher à savoir quelle est la nature de la mesure attaquée, on se bornait à examiner si elle concerne individuellement... les requérantes, comme l'article 173 l'exige » (61). En revanche, dans son arrêt *Sgarlata* (62), la Cour estime inutile d'examiner la nature du règlement en cause ; elle se contente de rechercher s'il concerne directement et individuellement les requérants. Là encore, l'avocat général K. Roemer adoptait une approche différente. Il proposait d'envisager si les actes attaqués étaient des règlements ou des décisions pour, ensuite, vérifier, au cas où la seconde qualification l'emporterait, s'ils concernaient individuellement les requérantes (63). Enfin, dans l'affaire *Internationale Fruit* (64), sans déclarer expressément qu'il y a lieu de déterminer la nature de l'acte, la Cour de justice constate « que l'article 1^{er} du règlement n° 983/70 ne constitue pas une disposition de portée générale au sens de l'article 189, alinéa 2, du traité, mais doit s'analyser en un faisceau de décisions individuelles prises par la Commission en vertu de l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 459/70 sous l'apparence d'un règlement, chacune affectant la situation juridique de chacun des auteurs de demandes ». Démarche

(58) *Ibid.*, p. 932.

(59) On se reportera au passage de l'arrêt cité à la note n° 56.

(60) *Industria molitoria imolese*, précitée, p. 181.

(61) *Ibid.*, pp. 184-185.

(62) Précité, p. 295.

(63) *Ibid.*, p. 300.

(64) Précitée, pp. 421-422.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

qui comporte donc deux temps : le premier a trait à la qualification de la nature réelle de l'acte – un faisceau de décisions individuelles –, le second s'attache à vérifier si ces décisions concernent individuellement les requérants. Une fois de plus, l'avocat général Roemer invitait la Cour à procéder de la sorte (65). Rien n'est plus normal d'ailleurs, puisque le règlement, une fois réduit à l'état de décisions individuelles, celles-ci ne concernent pas nécessairement pour autant les intéressés d'une manière individuelle. Elles peuvent viser d'autres personnes que les requérants auxquels il incombera donc d'établir leur intérêt individuel pour pouvoir accéder à la Cour au titre de l'article 173, alinéa 2. En revanche, l'économie de la première opération s'impose naturellement en présence d'une décision adressée à une autre personne. Dans ce cas, il suffira au requérant de prouver qu'il est individuellement concerné.

21. – Peut-on aller plus loin et considérer que la Cour amorce une évolution vers un assouplissement de sa jurisprudence, en ce sens que, tout en conservant sa nature réglementaire, un acte pourrait concerner néanmoins individuellement un requérant ? L'inflexion des solutions consacrées antérieurement serait assurément d'importance. La Cour tendrait à renouer avec une direction que d'aucuns avaient cru pouvoir déceler par le passé dans sa jurisprudence. C'était le cas de L. Goffin (66) qui, après avoir comparé les conditions du recours en annulation de l'article 33, alinéa 2, CECA et de celui de l'article 173, alinéa 2, CEE, se demandait : « Est-il si évident qu'un recours contre une décision individuelle concernant le requérant soit essentiellement différent d'un recours contre une décision qui le "concerne" "directement et individuellement" ? Sans doute est-ce "jouer sur les mots", comme le dit avec raison M. Lagrange que de dire "qu'une décision concernant individuellement quelqu'un ne soit pas une décision individuelle" (conclusions sous l'arrêt *Fédération Nationale de la Boucherie en Gros, Rec.*, VII, p. 933). Mais on peut être heurté par la constatation que la Cour, après avoir admis qu'une décision était individuelle, déclare le recours du tiers irrecevable parce que cette décision a, en réalité, les mêmes effets qu'un acte réglementaire (conclusions sous l'arrêt *Sgarlata, Rec.*, XI, p. 305), alors que, selon le traité, c'est le règlement qui a une "portée générale" ». Il serait pourtant prématuré et aventureux de pronostiquer une réorientation de la jurisprudence. La solution réservant l'accès du prétoire aux personnes privées en mesure de prouver qu'elles sont concernées par une décision communautaire au

(65) Conclusions, pp. 433 et s.

(66) Note sous l'arrêt *Toepfer, C.D.E.*, 1966, pp. 72 et s., spéc. p. 90.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

même titre que ses destinataires paraît fermement établie. Elle suppose logiquement qu'en présence d'un acte revêtant l'apparence d'un règlement, il soit d'abord procédé à sa réduction à l'état de décision individuelle avant d'apprécier si le requérant se trouve concerné dans les mêmes conditions qu'un éventuel destinataire (67). On peut le regretter et souhaiter une modification du traité. Attendre de la Cour elle-même un élargissement des conditions imposées par l'alinéa 2 de l'article 173 paraît une espérance incertaine.

Le caractère restrictif de sa jurisprudence est imposé par les textes conventionnels et les intentions de leurs auteurs (68). La Cour elle-même est consciente des insuffisances des textes. C'est pourquoi, dans son avis du 15 juillet 1974 sur l'Union européenne, elle préconise que les actes réglementaires de l'exécutif soient, au même titre que les décisions individuelles, susceptibles de recours « de la part de particuliers qui justifient d'un intérêt direct, comme il en est dans le système juridique de plusieurs États membres » (69). Aussi doit-on, plus raisonnablement, considérer qu'en dépit d'une formulation moins adéquate, la solution consacrée dans l'arrêt *CAM* n'est que la confirmation d'une jurisprudence se bornant à admettre qu'un acte qualifié de règlement puisse contenir des dispositions concernant individuellement des particuliers et, dès lors, se trouve privé de son caractère réglementaire (70). En d'autres termes, la qualification des actes au regard, respectivement, des articles 189 et 173 CEE, ne saurait être dissociée.

Reste que la Cour évite de recourir à la notion de droits subjectifs, comme l'y invitent, pourtant, certains de ses avocats généraux (71). Parfois même, elle se réfère expressément à la notion d'intérêt (72).

Évidemment, il doit s'agir d'un intérêt particulièrement qualifié, puisque la décision doit concerner « individuellement les sujets de droit visés en ce qu'elle affecte leur position juridique en raison d'une situation de fait (73) qui les caractérise par rapport à toute autre personne et les

(67) Dans ce cas, le destinataire servant de référence pour apprécier l'« intérêt individuel » du requérant ne saurait être qu'hypothétique à la différence du cas d'une décision adressée à une autre personne.

(68) J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 335 ; J.-V. LOUIS, *Les règlements de la CEE*, p. 122.

(69) *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 5-75, p. 38.

(70) Aff. jtes 16 et 17/62 et aff. jtes 41 à 44/70, précitées.

(71) Voy. les conclusions de M. MAYRAS dans l'aff. 43/72, *Merkur c. Commission, Rec.*, 1973, pp. 1055 et s., spéc. p. 1079.

(72) Voy. la note précitée de L. GOFFIN, p. 90.

(73) Il pourrait aussi s'agir d'une situation de droit. La Cour a eu l'occasion de le relever dans d'autres arrêts : voy., p. ex., l'arrêt 1/64, précité, ou l'arrêt 25/62, précité.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire » (74). L'intérêt individuel suppose donc des conditions spécifiques particulièrement rigoureuses. Néanmoins, on ne saurait le confondre avec l'exigence d'un droit, puisque l'intérêt peut s'individualiser à suffisance en raison d'une « situation de fait » propre au requérant, alors que le droit subjectif ne peut être conféré que par une norme juridique. La différence n'est assurément pas négligeable (75). La restriction résultant de l'exigence d'une individualisation de l'intérêt nous semble suffisante pour prévenir tout glissement vers l'action populaire dont s'alarme l'avocat général Mayras (76). En vérité, il convient de se garder de toute querelle de vocabulaire et de savoir, derrière le nominalisme, retrouver la réalité des institutions juridiques et leur fonction essentielle. Il n'en demeure pas moins que l'intérêt individuel exigé par la Cour en vertu de l'alinéa 2 de l'article 173 ne saurait être assimilé à un droit subjectif qu'au prix d'un assouplissement notable de cette notion. Il suffit, pour s'en convaincre, de se référer aux solutions du droit allemand, surtout dans sa conception originale (77).

22. – Pour ce qui est de la condition de l'intérêt individuel, l'arrêt *CAM* ne fait que confirmer une jurisprudence constante dans ses solutions, sinon dans sa formulation. Paradoxalement, c'est l'unique attendu consacré au « directement concerné » qui nous paraît devoir constituer son apport original. C'est que cette seconde condition est demeurée davantage dans la pénombre, les décisions de la Cour ne projetant sur elle qu'un clair-obscur.

(74) Arrêt *CAM*, précité, attendu n° 10.

(75) Notre analyse est très proche de celle de N. CATALANO (intervention, in *La fusion des Communautés européennes*, colloque organisé à Liège les 28, 29 et 30 avril 1965, La Haye, Nijhoff, 1965, pp. 284-285. Selon lui, « c'est... la notion d'intérêt qui doit déterminer la recevabilité du recours. Mais cet intérêt doit être qualifié. Ce n'est pas en qualité de citoyen que l'on peut introduire un recours, mais lorsqu'un intérêt direct et personnel est lésé ».

(76) Conclusions précitées.

(77) Voy., pour une comparaison, M. FROMONT, « L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de justice des Communautés européennes », *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, pp. 47 et s. Nous ne souscrivons pas à toutes les conclusions de l'auteur, notamment lorsqu'il estime qu'en fait, la Cour a consacré, dans sa jurisprudence relative à l'alinéa 2 de l'article 173 CEE, les solutions allemandes. En particulier, il nous semble exagéré de prétendre que la Cour « exige une atteinte directe à la situation juridique individuelle du requérant » (p. 63), alors qu'elle se contente d'une situation de fait. Pour une opinion selon laquelle l'article 173 dans son ensemble est fondé sur la notion d'intérêt sous réserve de la qualification de celui-ci exigée par son alinéa 2, voy. L. J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, L.G.D.J., 1970, p. 20 et les auteurs cités à la note 33 ; B. BORNER, *Die Entscheidungen der Hohen Behörde*, 1965 ; *idem*, rapport, in *Verhandlungen des Sechsvierzigsten Deutschen Juristentages*, Essen, 1966, et intervention orale ; et M. LAGRANGE, in *Dix ans de jurisprudence*, précité, p. 606.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

II. – SUR LE DIRECTEMENT CONCERNÉ

23. – En rejetant, pour défaut d'intérêt individuel, la plupart des recours introduits devant elle, la Cour de justice n'abordait que rarement le problème de l'intérêt direct. Les conclusions des avocats généraux fournissent, cependant, d'utiles indications, d'autant plus qu'à l'évidence, la Cour s'en inspire dans l'ensemble.

24. – En vérité, la Cour a été amenée à préciser le sens qu'il convenait de donner à la notion de « directement concerné » dans un contexte dont la spécificité n'a pas toujours été correctement appréciée. Certaines méprises en sont résultées à propos de la portée des solutions consacrées par la juridiction communautaire. Confrontée à ce problème dans des affaires mettant généralement en cause des décisions destinées à des États membres, la Cour a suivi une démarche et retenu des critères qui ne pouvaient manquer d'être conditionnés par les particularités de ce genre d'acte. Aussi, sans être purement artificielles, les analogies souvent notées entre la conception que se fait la Cour de l'intérêt direct au sens de l'article 173, alinéa 2, et de l'effet direct du droit communautaire n'ont qu'une portée limitée. Elles ressortissent, pour l'essentiel, à une sémiologie, expression partielle de la substance de ces concepts.

25. – Par ailleurs, les solutions consacrées par la Cour dans cette première série d'arrêtés ne sauraient être généralisées. Elles ne valent que pour des situations d'un genre donné, caractérisées par une éventuelle interposition de mesures étatiques entre le requérant et l'acte communautaire. L'intervention des autorités nationales est de nature à médiatiser les rapports juridiques du requérant avec la décision communautaire au point qu'il ne saurait s'affirmer directement concerné par elle. On conçoit dès lors, comme en témoigne précisément l'arrêt *CAM*, que cette explication ne peut prétendre à la généralité.

A. – Directement concerné et applicabilité directe

26. – La position initiale des avocats généraux et de la Cour procédait d'une approche relativement simple. Dans son acception la plus commune, le terme « directement » s'emploie comme synonyme de « sans intermédiaire » ou, encore, d'« immédiat ». Transposée sur le terrain de l'article 173, alinéa 2, cette expression devait donc signifier qu'un particulier était directement concerné par une décision communautaire lorsqu'aucune mesure nationale ne venait s'interposer entre lui et cet acte. Telle était la conception de M. Roemer, exposée pour la

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

première fois dans ses conclusions relatives à l'affaire *Plaumann* (78). Pour lui, le requérant ne saurait prétendre être directement concerné lorsque, « dans la chaîne des différents actes juridiques, la décision de l'État membre est... un maillon important qui se place entre la décision de la Commission et l'effet juridique concret envers le particulier ». De même, dans ses conclusions sous l'affaire *Glucoseries Réunion* (79), M. Roemer estime que « l'acte juridique national, qui est consécutif à l'acte communautaire, est par sa motivation et par sa structure, d'un poids si considérable, qu'il médiatise nécessairement les effets juridiques procédant de l'acte communautaire par rapport au particulier ». Précisons que ce n'est pas l'existence formelle d'un acte étatique pris en exécution de la décision communautaire qui, à elle seule, empêche un individu d'être directement concerné, mais plutôt la marge d'appréciation conservée par l'État membre pour son adoption. Cette seconde considération apparaît déjà dans les conclusions présentées par M. Roemer dans l'affaire *Toepfer* (80). Selon lui, « ... tout au moins lorsqu'un acte communautaire destiné à exercer ses effets juridiques à l'égard de citoyens de la Communauté nécessite à cette fin des actes discrétionnaires nationaux, l'existence du domaine discrétionnaire national, la liberté des instances nationales de suivre ou non le chemin ouvert par les institutions communautaires ne permettent pas de dire que les actes de la Communauté concernent directement le citoyen communautaire » (81). Ces vues ont été reprises par l'avocat général Gand dans ses conclusions sous les arrêts 38/64 et 69/69 (82) : « Lorsque l'intervention de l'État membre se limite à une exécution purement technique, la décision communautaire concerne directement le particulier » (83).

27. – La Cour de justice se conforme généralement aux conceptions exposées par ses avocats généraux. À cet égard, un de ses arrêts les plus explicites est celui rendu dans l'affaire *International Fruit Company* du 13 mai 1971. On peut y lire que l'acte attaqué, en l'occurrence un règlement de la Commission, « laisse clairement apparaître que les autorités nationales ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la délivrance des titres et aux conditions auxquelles il est donné suite

(78) Précitée

(79) Précitée, p. 834.

(80) Précitée.

(81) P. 559.

(82) Aff. 38/64, *Getreide-Import Gesellschaft c. Commission de la CEE*, Rec., XI, pp. 263 et s. ; aff. 69/69, *SA Alcan Aluminium Raeren e.a. c. Commission des Communautés européennes*, Rec., XVI, pp. 385 et s.

(83) Aff. 38/64, p. 274.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

aux demandes des intéressés » (84), considération qui a déterminé la Cour à reconnaître que la requérante était directement concernée par l'acte de la Commission (85).

28. – C'est donc bien l'exercice du pouvoir discrétionnaire étatique qui fait obstacle à ce qu'un individu soit directement concerné par une décision communautaire nécessitant des mesures nationales d'exécution. On était, néanmoins, en droit de se demander si ce critère était applicable en toute hypothèse ou si certaines circonstances particulières n'excluaient pas son usage. Deux cas devaient être principalement envisagés.

29. – Il importait tout d'abord de savoir si l'existence d'un pouvoir discrétionnaire étatique était encore admissible, dès lors que la décision communautaire ne précédait pas l'acte étatique, mais lui faisait suite. Cette situation s'est précisément présentée dans l'affaire *Toepfer* (86) où la décision de la Commission adressée au gouvernement allemand était intervenue après l'adoption par celui-ci de mesures de sauvegarde. Une analyse formelle de la situation de droit conduisait à constater l'interposition d'un acte étatique entre la requérante et la décision de la Commission. L'avocat général Roemer devait en conclure que l'intéressé n'était pas directement concerné par la décision communautaire, au moins lorsqu'« entre l'individu et la mesure communautaire, il y a l'exécution autonome des pouvoirs gouvernementaux qui se trouve dans le domaine discrétionnaire de l'État » (87). Intangiblement fidèle aux principes affirmés dans ses conclusions, M. Roemer se refusait à voir dans l'antériorité des mesures prises par les autorités allemandes sur la décision de la Commission une raison déterminante pour lui reconnaître un effet direct (88). Du moment qu'elles comportent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'exécution, c'est avec elles que « les sujets de la Communauté se trouvent dans un rapport direct, mais non pas avec la mesure confirmative de l'institution communautaire » (89).

(84) Précitée, attendu n° 25.

(85) La Cour relève encore, attendus n°s 26 à 28, « que ces autorités sont appelées uniquement à réunir les éléments permettant à la Commission de prendre sa décision au sens de l'article 2, paragraphe 2, de ce règlement, et à adopter ensuite les mesures nationales qui s'imposent pour l'exécution d'une telle décision ; que, dans ces conditions, c'est à cette même décision qu'il y a lieu de rattacher, vis-à-vis des intéressés, la délivrance ou la non-délivrance des titres d'importation ; que l'acte par lequel la Commission décide de la délivrance des titres d'importation affecte donc directement la situation juridique des intéressés ».

(86) Précitée.

(87) Précitée, p. 561.

(88) « La façon dont différentes mesures concernent une personne doit se déterminer d'après le fond de leur contenu, et non pas par l'ordre dans lequel ces actes se suivent dans le temps », *ibid.*

(89) *Ibid.*

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

La Cour se désolidarisait pourtant de son avocat général. Elle admettait pour la première fois que la requérante était effectivement directement concernée, la décision de la Commission n'étant qu'une validation des mesures nationales. L'arrêt *Bock*, comme celui rendu dans l'affaire *Toepfer* (90), avait en commun une circonstance particulière. La décision de la Commission autorisant le gouvernement allemand à suspendre l'importation de champignons chinois avait été prise après la décision des autorités allemandes refusant le titre d'importation sollicité par la requérante. Néanmoins, les particularités de l'espèce étaient telles que la décision communautaire concernait directement la requérante. C'est qu'au moment de l'adoption de cette décision, les autorités nationales avaient déjà, par anticipation, fait connaître l'accueil négatif qu'elles réserveraient aux demandes du requérant au cas où l'autorisation communautaire sollicitée leur était accordée (91). On peut avoir le sentiment que, dans ces deux affaires, la Cour a voulu sanctionner un certain détournement de procédure.

30. – L'autre situation susceptible de créer des hésitations quant à la praticabilité du critère retenu par la Cour concerne les décisions de refus. Elle a suscité des divergences d'appréciation significatives. Alors que plusieurs auteurs (92) ont estimé que la nature de ces décisions exclut par elle-même tout pouvoir discrétionnaire des autorités étatiques, les avocats généraux se sont refusés à considérer qu'une décision de refus doit nécessairement concerner directement les individus. Pour M. Roemer (93), le droit de recours discrétionnaire que conserve l'État à l'encontre de la décision communautaire suffit à écarter la prétention d'un individu d'être directement concerné. M. Gand adopte cet argument et lui ajoute une autre raison qui retiendra davantage l'attention de la Cour de justice. Pour lui, « on ne voit guère comment on pourrait appliquer des solutions différentes à des décisions qui, dans le même domaine, accordent ou refusent des autorisations, car elles constituent les deux formes – positives et négatives – de l'exercice par la Commission d'un même pouvoir ; les deux aspects de ses rapports avec les États

(90) Précitée.

(91) Voy. attendus n^{os} 7 et 8 : « attendu... que les services allemands compétents avaient fait savoir à la requérante qu'ils rejetteraient sa demande dès qu'ils seraient en possession d'une autorisation appropriée de la Commission ; que c'est précisément en vue des demandes dont ces services étaient d'ores et déjà saisis que l'autorisation a été sollicitée ; qu'il apparaît dès lors que la requérante était directement concernée ». Voy. J. AMPHOUX, *C.D.E.*, 1972, p. 504.

(92) G. BEBR, in *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, Larcier, 1969, p. 316 ; S. NERI, *La protection juridictionnelle des particuliers dans la Communauté européenne*, Heule, 1965, p. 47.

(93) Conclusions sous l'arrêt *Plaumann*, précité.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

membres » (94). La Cour, elle aussi, procède à une telle assimilation. Dans son arrêt *Alcan*, elle observe que, si la décision de la Commission avait été positive, elle n'aurait créé qu'une faculté en faveur des États intéressés sans donner naissance à des droits en faveur des destinataires éventuels des mesures étatiques ultérieures. Aussi affirme-t-elle, en conséquence, que « les requérantes ne sont donc pas concernées autrement par la décision de refus qu'elles ne le seraient par la décision positive qu'elles ont l'intention de provoquer ». Dans l'arrêt *Nordgetreide* (95), on peut lire que « cette prise de position de la Commission ayant le caractère d'un refus doit être appréciée en fonction de l'objet de la demande à laquelle elle constitue une réponse ». Il n'est pas certain qu'une telle assimilation soit entièrement fondée. Il a déjà été dit à propos du recours en carence qu'elle appelait certaines réserves (96).

31. – Au terme de ce premier examen de la jurisprudence, le sens de l'expression « directement concerné » paraît solidement établi. Elle désigne une décision communautaire qui, par elle-même, a pour effet immédiat d'affecter la situation juridique du requérant ou, en d'autres termes, qui la régit directement (97). Le facteur déterminant est donc bien l'existence d'une relation causale directe entre l'acte et l'individu. Cette relation peut se trouver interrompue par l'interposition d'une mesure nationale présentant un caractère discrétionnaire.

L'affinité de ces conditions avec celles de l'applicabilité directe du droit communautaire est évidente ; on se doit pourtant d'en vérifier la portée exacte.

32. – La formulation des conditions permettant de reconnaître un effet direct à une norme communautaire est l'aboutissement d'une évolution jurisprudentielle dont il n'est pas certain qu'elle soit achevée. Notre propos n'est pas d'en retracer les péripéties ni d'exposer les constructions doctrinales qui les ont accompagnées en contrepoint, mais, plutôt, de dégager les caractéristiques essentielles de l'applicabilité directe pour les confronter à celles de l'intérêt direct au sens de l'article 173, alinéa 2.

Initialement, dans son arrêt *Van Gend en Loos* (98), la Cour attache une importance considérable au fait que l'article 12 du Traité de la CEE

(94) Aff. 69/69, p. 399.

(95) Aff. 42/71, *Nordgetreide GmbH c. Commission des Communautés européennes*, Rec., XVIII, pp. 105 et s., spéc. p. 111.

(96) A. BARAV, « Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1975, pp. 53-71, spéc. pp. 60 et 61. Voy., dans le présent recueil, p. 239, spéc. pp. 247 et 248.

(97) M. WAELBROECK, article précité, p. 504.

(98) Aff. 26/62, Rec., IX, pp. 1 et s.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

énonce non pas une obligation de faire, mais de ne pas faire. Elle souligne aussi qu'il s'agit d'une interdiction claire et conditionnelle. Elle relève enfin « que cette obligation n'est assortie d'aucune réserve des États de subordonner sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne ». Les effets de cette disposition à l'égard des particuliers ne se trouvent donc pas médiatisés. Dans la même ligne, la Cour estime que l'incertitude relative des notions dont dépendent les obligations assumées par les États membres en vertu de l'alinéa 2 de l'article 95 ne saurait faire obstacle à son applicabilité directe. Cette obligation consiste en une interdiction « assortie d'aucune condition ni subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte, soit des institutions de la Communauté, soit des États membres. Il s'agit donc d'une disposition juridiquement parfaite et, en conséquence, susceptible de produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables ». L'existence d'« éléments relevant de l'appréciation des faits économiques... n'exclut pas le droit et l'obligation du juge national d'assurer le respect du traité, au cas où il peut constater que sont remplies les conditions d'application de la disposition, comprise à la lumière de l'interprétation donnée » par la Cour de justice des Communautés (99). Ainsi se trouve précisé le sens à donner à l'exigence de clarté formulée par l'arrêt. C'est la volonté de s'engager des États qui doit être claire et inconditionnelle. L'application de la disposition consignant leur engagement ne doit pour autant exclure tout recours à l'interprétation judiciaire.

Dans cette première période de la jurisprudence, l'inutilité des mesures d'exécution paraissait être le critère déterminant. Cependant, on pouvait déjà penser que le caractère positif ou négatif de l'obligation n'était aucunement décisif (100). Précisément, la Cour devait étendre la portée de l'applicabilité directe en en assouplissant les conditions.

33. – La nécessité de mesures étatiques ne prive pas d'effet direct une disposition conventionnelle, au moins si elle ne s'en remet pas pour son exécution à la discrétion des autorités nationales (101). J.-V. Louis pouvait fort justement souligner que, « si la nécessité des mesures n'est pas en soi déterminante, par contre le rôle de ces mesures, et en particulier la discrétion laissée aux États membres ou aux institutions peut être un critère utile pour déterminer si une disposition... est bien

(99) Arrêt 27/67, *Fink frucht c. Hauptzollamt München Landbergerstrasse*, Rec., XIV, pp. 341 et s.

(100) Voy. R. KOVAR, *Le pouvoir réglementaire de la CECA*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 306.

(101) Arrêts 57/65, *Lütticke c. Hauptzollamt de Sarrelouis*, Rec., XII, pp. 293 et s., et 13/68, *Salgoil c. Ministère du Commerce extérieur de la République italienne*, Rec., XIV, pp. 662 et s.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

directement applicable » (102). Si, en cas d'obligation de ne pas faire, ce pouvoir discrétionnaire est normalement négligeable, voire nul, la situation est normalement sensiblement différente lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire. Ainsi s'explique que la Cour n'en est venue à consacrer l'effet direct d'une telle disposition que dans l'affaire 57/65 (103) à propos de l'article 95, alinéa 3. Cette décision a d'ailleurs été critiquée (104). L'arrêt aurait négligé la liberté du choix des moyens permettant la conformité de la législation fiscale des États membres avec l'interdiction des discriminations édictées à l'alinéa 1^{er} de l'article 95. La Cour n'a pas retenu cette considération, estimant que l'alinéa 3 constitue une simple suspension temporaire de l'interdiction claire, générale et inconditionnelle de l'alinéa 1^{er}. On sait que cette position allait révéler la plénitude de sa portée dans l'arrêt *Reyners* (105) et, par la suite, en ce qui concerne l'article 37 dans de récentes décisions (106). En revanche, dans l'arrêt *Salgoil*, la Cour a refusé l'application directe de certaines dispositions des articles 32 et 33, dans la mesure où le traité ne définit ni la méthode de transformation des contingents bilatéraux en contingents globaux ni les critères de calcul de leur valeur totale, laissant par là même une marge importante d'appréciation aux États membres. Le critère décisif de l'effet direct est donc bien l'absence d'un pouvoir discrétionnaire exercé soit par une institution communautaire, soit par les États membres, soit même par les deux cumulativement, s'interposant entre la règle communautaire et son application. Pour être plus précis, l'effet direct se trouve écarté si la nature de ce pouvoir discrétionnaire en réserve l'exercice au législateur ou à l'administration à l'exclusion des juridictions nationales. Une formulation particulièrement nette de ce critère a été donnée par la Cour dans son arrêt du 14 juillet 1971, *Ministère public c. Müller-Hein* (107). Elle constate que le paragraphe 3 de l'article 90 du Traité de la CEE « n'énonce pas une règle inconditionnelle » et que son application « comporte l'appréciation des exigences inhérentes, d'une part, à l'accomplissement de la mission particulière aux entreprises dont il s'agit et, d'autre part, à l'intérêt de la Communauté ; que cette appréciation relève des objectifs de politique économique générale poursuivie par les États sous la surveillance de la Commission ».

(102) *Les règlements de la CEE*, Presses universitaires de Bruxelles, 1969, p. 259.

(103) Précitée, p. 302.

(104) Voy. L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Paris, L.G.D.J., 1970.

(105) Aff. 2/74, *Rec.*, 1974, pp. 631 et s.

(106) Aff. 45/75, *Rewe-Zentrale c. Hauptzollamt Landau/Pfalz*, *Rec.*, 1976, p. 181.

(107) Aff. 10/71, *Rec.*, XVII, p. 725, spéc. p. 730.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

Le pouvoir discrétionnaire, envisagé comme critère de l'applicabilité directe du droit communautaire, doit donc présenter certaines qualités particulières. Il ne saurait être confondu avec une quelconque latitude d'appréciation, parfaitement compatible avec l'office du juge (108).

34. – Ainsi est-on amené, nécessairement en quelque sorte, à examiner les relations de ce critère avec celui retenu par la Cour de justice pour caractériser l'intérêt direct exigé par l'article 173, alinéa 2. Une doctrine trop prudente ne voulait jusqu'à présent admettre qu'un certain rapprochement entre ces deux notions. Ainsi, l'avocat général Gand, tout en estimant qu'« on ne peut méconnaître le rapport étroit qui existe entre les deux notions », paraissait refuser leur assimilation (109). Plus nettement encore pour L.-J. Constantinesco, si les deux notions « sont cependant... intimement liées par ce que chacune représente des aspects complémentaires du même problème », néanmoins, elles « ne se confondent pas » (110).

Pourtant, la Cour a explicitement lié les deux notions en déclarant qu'« une décision de la Commission portant modification ou suppression de mesures de sauvegarde est directement applicable et concerne les justiciables intéressés aussi directement que les mesures auxquelles elle se substitue » (111). Les commentateurs n'en ont pas moins continué à se montrer réticents pour admettre l'identité de ces deux notions. Pour Bebr (112), « en dépit de sa formulation quelque peu imprécise, la Cour avait exclusivement à l'esprit les intérêts concernés directement et non l'effet possible que peut avoir une décision dans l'ordre juridique national ». De même, J.-V. Louis estimait, dans un article paru avant l'arrêt *Toepfer*, que « l'exigence que la décision concerne directement le requérant ne recouvre pas la notion d'immédiateté ou le caractère fédéral de la Communauté » (113). Mais ce même auteur est bien obligé de reconnaître par la suite que, dans l'arrêt *Toepfer*, la Cour « assimile applicabilité directe et intérêts directs » (114). Commentant l'arrêt *International*

(108) Voy., outre les arrêts *Fink frucht* et *Salgoil*, précités, la décision de la Cour dans l'aff. 34/67, *Lück, Rec.*, XIV, pp. 359 et s.

(109) Conclusions sous l'arrêt 69/69, précité, *Rec.*, XVI, p. 398. On trouve aussi ce rapprochement dans la note de I. VEROUSTRATE sous l'arrêt *Bock, C.D.E.*, pp. 662 et s., spéc. p. 671, note n° 7.

(110) *Op. cit.*, p. 79.

(111) Arrêt *Toepfer*, précité.

(112) *C.D.E.*, 1970, p. 46.

(113) « Le droit pour les particuliers d'agir en annulation selon le Traité du marché commun », *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, 1964, p. 232.

(114) *Les règlements de la CEE, op. cit.*, p. 270.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

Fruit Company (115), V. Constantinesco écrit très justement qu'en décidant qu'un règlement, réduit à la qualité de décision individuelle, concernait indirectement les requérants, « la Cour a explicité cette fois, plus nettement qu'auparavant, les raisons de sa solution » (116). Pour lui, « ces raisons permettent d'esquisser une comparaison entre la notion de "concerner directement" et la notion d'applicabilité directe. Il semble, en première analyse, que les deux notions soient assez proches, voire même identiques, dans la mesure où elles répondent à des situations analogues sur le plan de la répartition des compétences. La Cour n'a pas manqué de souligner le dessaisissement des compétences étatiques et l'absence de pouvoir d'appréciation des États membres. Dès lors, les deux notions expriment juridiquement l'existence d'une compétence communautaire, pour la mise en œuvre de laquelle les États n'interviennent pas, ou n'interviennent que matériellement ». Cependant, V. Constantinesco estime qu'il convient de ne pas exagérer la portée de ce rapprochement. C'est que les fonctions de ces deux notions sont différentes : « Celle de l'article 173, alinéa 2, permet à des particuliers d'agir en annulation d'un acte communautaire devant le juge communautaire alors que l'applicabilité directe permettrait au particulier d'invoquer la non-compatibilité d'un acte de droit interne au regard d'une disposition du droit communautaire devant le juge national ». Ces différences ne sont pas pour autant décisives, elles ne paraissent pas exprimer une opposition de fond entre les deux notions. Finalement, celles-ci seraient bien « les deux faces d'une même réalité : l'existence d'une compétence normative au profit de la Communauté ne laissant plus à l'État membre qu'un rôle matériel de relais dans la préparation et l'exécution de cette compétence ». Ainsi, le dénominateur commun de ces deux notions doit être recherché dans la direction de la répartition des compétences entre la Communauté et ses États. Perspective intéressante qui mériterait assurément d'être prolongée davantage. On se contentera d'invoquer encore le témoignage des arrêts *Grad* et *SACE* (117). Ces décisions renvoient à une distinction essentielle relative à la nature des obligations assumées par l'État. Celui-ci peut posséder une marge d'appréciation dans la mise en œuvre d'une obligation contenue dans un acte communautaire. Tel sera le cas pour les directives et pour les décisions qui, généralement, nécessitent de la part de l'État un concours

(115) Aff. jtes 41 à 44/70, *Rec.*, XVII, pp. 411 et s.

(116) *Journ. dr. intern.*, 1972, p. 693.

(117) Aff. 9/70, *Franz Grad c. Finanzamt Traunstein*, *Rec.*, XVI, pp. 825 et s. ; aff. 33/70, *SpA S.A.C.E. c. Ministère des finances de la République italienne*, *Rec.*, XVI, pp. 1213 et s.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

normatif pour produire leurs effets dans l'ordre interne. L'exécution de l'acte communautaire est ici subordonnée au relais étatique. En conséquence, l'effet direct devra être imputé à l'acte national de mise en œuvre du droit communautaire. Simultanément, la mesure communautaire est insusceptible de concerner directement une personne autre que son destinataire étatique. Tenu de passer par l'écran de l'ordre juridique étatique pour se réaliser pleinement, l'acte communautaire ne saurait pas davantage être directement applicable que concerner directement des personnes privées.

Mais l'État peut aussi se trouver dans une situation différente : ne disposant, à l'égard d'une obligation déterminée par les institutions de la Communauté, d'aucune marge d'appréciation au regard des différents éléments constitutifs de l'obligation, il se trouve dès lors, quelle que soit la nature de l'acte en cause, dans une condition subordonnée. Son rôle sera ou purement passif ou, en mieux, se limitera à une transcription mécanique dans son ordre juridique interne d'une obligation complète, précise, claire et inconditionnelle que la Communauté lui impose. Dès lors, l'acte communautaire est en mesure de produire directement ses effets dans l'ordre juridique interne et, par voie de conséquence, de concerner directement d'éventuels requérants. Encore faut-il que ceux-ci soient « concernés », autrement dit affectés dans leur situation juridique.

35. – C'est ici, en effet, qu'interviennent les conditions spécifiquement contentieuses formulées par l'alinéa 2 de l'article 173. Ces conditions qui affectent la recevabilité d'un recours individuel en annulation sont évidemment étrangères à l'applicabilité directe. Ainsi, les deux notions examinées divergent à partir de ce point en raison de particularités extrinsèques. En d'autres termes, si la condition d'une relation directe se trouve réalisée par l'absence d'un pouvoir discrétionnaire des États, la décision communautaire ne concerne pas nécessairement pour autant le requérant. Il se peut que la personne concernée en soit une autre. Il faut donc bien que les éventuels requérants soient concernés, autrement dit affectés dans leur situation juridique, pour qu'ils puissent exciper d'un intérêt à agir en annulation contre cet acte. Il leur restera, d'ailleurs, à justifier du caractère individuel de leur intérêt. Mais, répétons-le, le défaut de mesures nationales « autonomes », qui correspond à l'exercice d'une compétence liée, réalise par lui-même la condition d'une relation directe entre la décision communautaire et la situation juridique d'un éventuel requérant considéré, en quelque sorte, abstraitement. Par contre, elle ne saurait faire qu'un requérant donné soit effectivement concerné par cette décision. Valable pour les décisions adressées à des États, cette explication, par définition, ne convient pas aux autres cas

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

envisagés par cette disposition. Reste donc à rechercher la signification que peut alors revêtir la notion de « concerner directement ».

B. – Directement concerné et intérêt direct

36. – Jusqu'à son arrêt *CAM*, c'est à l'occasion de recours contre les décisions adressées à un État que la Cour et, surtout, ses avocats généraux ont développé la notion d'« intérêt direct ». Aussi, Bebr estimait-il « assez improbable que la Cour recoure à la même notion si un particulier attaquait une décision adressée à un autre particulier. La situation de fait n'étant pas la même, la Cour pourrait aussi bien élaborer des critères différents quant à la notion d'intérêt direct » (118). Effectivement, au cas où un requérant désirerait établir qu'il est directement concerné par une décision adressée à une personne autre qu'un État, la discussion ne saurait, par définition, avoir pour objet la marge d'appréciation conservée par les autorités nationales. Une telle décision est, par elle-même, directement applicable, c'est donc vers la notion d'intérêt direct qu'on semble devoir s'orienter. Deux hypothèses distinctes auront à être examinées. La première concerne une décision adressée à une personne privée autre que le requérant, la seconde, un règlement ne nécessitant pour sa mise en œuvre aucune mesure d'exécution.

37. – À l'exception de l'une d'elles, toutes les décisions déferées à la censure de la Cour de justice avaient un État pour destinataire. C'est pourquoi le critère du pouvoir discrétionnaire a pu paraître exclusif. La situation est évidemment toute différente lorsque la décision en cause est adressée à une personne privée autre que le requérant.

Avec raison, L. Goffin a pu souligner la rédaction peu heureuse de l'article 173 du Traité de la CEE (119). Une décision adressée à une autre personne que le requérant n'en a pas l'apparence, elle l'est réellement. Dans ce cas, la Cour semble d'ailleurs vouloir faire abstraction de cette formule. Elle n'exige pas du demandeur qu'il prouve être le destinataire réel de la décision attaquée, mais seulement qu'il est directement et individuellement concerné par elle.

38. – L'affaire *Eridania* (120) offre l'unique exemple de décisions dont les destinataires n'étaient pas exclusivement un État, mais aussi, simultanément, des personnes privées. Les parties demanderessees – cinq producteurs italiens de sucre ainsi que leur association nationale –

(118) G. BEBR, in *Les Nouvelles – Droit des Communautés européennes*, op. cit., p. 316. L'auteur désigne ainsi la notion de « concerner directement ».

(119) C.D.E., 1966, pp. 72 et s.

(120) Précitée, p. 459.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

avaient introduit un recours contre trois décisions de la Commission, dont le gouvernement et d'autres entreprises étaient les destinataires. Ces décisions prévoyaient l'octroi de subventions du FEOGA subordonnées à l'ouverture par les autorités nationales en faveur des bénéficiaires d'un quota correspondant à l'accroissement de leur capacité productive.

L'avocat général Roemer se montrait favorable à la recevabilité du recours. Les demanderesse, ainsi que, probablement, d'autres sucrières italiennes, lui semblaient individuellement concernées au sens de l'article 173, alinéa 2, puisqu'elles étaient en concurrence directe avec les entreprises bénéficiaires des aides. Dès lors, elles pouvaient être considérées comme lésées par les décisions de la Commission. Toujours selon M. Roemer, les conditions formulées dans l'arrêt *Plaumann* étaient remplies : la situation des demanderesse les caractérisait bien par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualisait d'une manière analogue à celle des destinataires. Envisageant, ensuite, l'exigence d'un intérêt direct, et se référant à l'arrêt *Toepfer*, l'avocat général estimait que le pouvoir discrétionnaire des autorités étatiques devait être ramené à sa véritable mesure. À cet égard, il convenait de vérifier si, en réalité, « l'acte communautaire mettait le point final à une procédure dans laquelle intervenaient aussi des éléments de collaboration étatique ». Une considération lui semblait déterminante : les conditions dans lesquelles les décisions de la Commission avaient été arrêtées. C'est qu'avant même l'adoption de ces décisions, le gouvernement italien avait émis un avis favorable aux demandes de concours financier des sociétés bénéficiaires. L'interposition d'un acte étatique entre la décision de la Commission et ses effets juridiques n'empêchait pas que la requérante puisse être directement concernée. En effet, l'avis favorable des autorités italiennes les engageait financièrement. Une fois prise la décision de la Commission, le gouvernement italien ne pouvait qu'en tirer les conséquences pour l'attribution des quotas. Le raisonnement de l'avocat général se rapprochait de celui de la Cour dans l'affaire *Bock* (121), puisque, là aussi, le comportement des autorités allemandes était connu avec certitude avant même l'adoption de la décision communautaire. Finalement, bien que confronté à un acte « à double visage » (122), M. Roemer apprécie l'existence d'un intérêt direct selon les mêmes critères que ceux retenus par la Cour pour des décisions adressées à des États membres.

(121) Précitée.

(122) L'expression se rencontre, précisément, dans ses conclusions.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

39. – Contrairement à la démarche suivie dans ses autres arrêts, la Cour ne dissocie pas l'examen des deux conditions de recevabilité requises en vertu de l'alinéa 2 de l'article 173. Les deux questions de l'intérêt direct et de l'intérêt individuel ne font pas l'objet d'analyses distinctes. La compréhension des raisons du rejet du recours ne s'en trouve assurément pas facilitée. Pour la Cour, « la seule circonstance qu'un acte est susceptible d'exercer une influence sur les rapports de concurrence existant dans le marché dont il s'agit, ne saurait suffire pour que tout opérateur économique se trouvant dans une quelconque relation de concurrence avec le destinataire de l'acte puisse être considéré comme directement et individuellement concerné par ce dernier ».

En dépit d'une indéniable ambiguïté, il est permis de penser que les considérations développées par la Cour dans cet *attendu* relèvent davantage de l'appréciation de l'individualisation de l'intérêt des requérants que de son caractère direct. La référence à l'insuffisance de la personnalisation de la situation des intéressés constitue, en effet, la substance de son argumentation.

Analysant, ensuite, la thèse des parties demanderesse selon lesquelles ces « circonstances spécifiques » consisteraient en ce que les décisions attaquées affecteraient directement leur position dans le cadre du système de répartition des quotas prévu par les règlements 1009 et 1027/67, la Cour estime « qu'il ressort de ces faits que les concours du F.E.O.G.A., tels que ceux accordés par les décisions attaquées, n'exercent d'influence sur la répartition des quotas que pour autant que les critères adoptés par les gouvernements l'admettaient ; que, dès lors, ces concours n'ont pas d'effet direct sur ladite répartition » (123).

On ne peut s'empêcher d'éprouver le sentiment que les demandeurs et la Cour n'étaient pas exactement « sur la même longueur d'onde ». À l'instar de son avocat général, la Cour n'envisage la décision en cause qu'en tant qu'elle est destinée au gouvernement italien. Dès lors, elle se sert du critère précédemment exposé de la nature de l'intervention des autorités étatiques pour vérifier l'existence d'un intérêt direct. Les requérants, auxquels on serait peut-être en droit de reprocher de ne pas avoir suffisamment distingué ce qui revenait à l'individuellement de ce qui appartenait au directement, mettaient davantage l'accent sur le

(123) *Attendu* n° 11. On notera, une fois encore, l'assimilation établie par la Cour de justice, au moins au plan de l'expression, entre « directement concerné » et « effet direct ». Le fait que le versement des concours ait été subordonné, dans un cas, à l'engagement du gouvernement italien d'attribuer aux bénéficiaires un quota de base correspondant à leur capacité augmentée n'a pas été jugé de nature à modifier cette conclusion, car, même dans ce cas, « la condition indiquée ne saurait être considérée comme ayant déterminé le contenu des critères de répartition adoptés par le gouvernement italien », *attendu* n° 13.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

caractère direct de la relation concurrentielle existant entre eux et les entreprises bénéficiaires du concours du FEOGA.

Pour sa part, la Commission excluait toute possibilité pour les entreprises d'être directement concernées par ses décisions. Deux raisons lui paraissaient déterminantes. L'une correspondait aux arguments exposés par l'avocat général et retenus par la Cour, l'autre était plus originale : une modification des conditions de concurrence dépendait de la réalisation du projet d'extension par les entreprises bénéficiaires. Autrement dit, la décision communautaire ne pouvait être considérée comme la cause directe du préjudice subi par les requérantes, et celui-ci n'était ni actuel ni même certain. La démarche de la Commission avait le mérite d'envisager la question de la recevabilité du recours en prenant effectivement en considération la dualité des destinataires de la décision de la Commission. Chacune des deux raisons invoquées par la Commission pour dénier l'existence d'un intérêt direct dans le chef des requérantes correspondait à l'une des deux faces de cette décision. Au contraire, l'utilisation par la Cour, lorsque l'acte attaqué est destiné à d'autres entreprises, des mêmes critères que ceux utilisés à propos des décisions adressées à un État a été, à juste titre, critiquée par la doctrine (124).

Les ambiguïtés de l'affaire *Eridania* empêchaient une vérification complète de la praticabilité du critère de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire étatique dans des situations où la décision communautaire n'était précisément pas adressée à des États. Le mérite de l'affaire *CAM* est de réaliser une telle situation.

41. – L'exclusion de tout pouvoir discrétionnaire étatique se réalise non seulement lorsque la décision communautaire a pour destinataire une personne autre qu'un État, mais aussi dans le cas d'un règlement ne nécessitant pas de mesures d'exécution. Naturellement, la recevabilité du recours ne sera acquise que s'il est établi que ce règlement n'en a que l'apparence dans la mesure où il concerne individuellement les demandeurs.

Précisément, le règlement attaqué par la société *CAM* n'exigeait aucune mesure étatique pour son exécution, puisqu'il avait pour objet d'exclure du bénéfice de la majoration exceptionnelle du prix de seuil certaines exportations de céréales dont les certificats de préfixation étaient antérieurs au 7 octobre 1974.

(124) Voy. A. PAPPALARDO, *La politique économique de la Communauté et des États membres et les droits de l'entreprise*, F.I.D.E., Bruxelles, 1975, pp. 123 et s. et note n° 5, p. 127, avec des références à plusieurs commentaires de l'arrêt *Eridania*.

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

L'unique *attendu* consacré par la Cour au problème du « directement concerné » traduit l'embarras qu'elle a dû éprouver. Elle se contente de déclarer « que l'acte attaqué, en déniait à une catégorie d'opérateurs économiques, pour des exportations déterminées, le bénéfice d'une augmentation du montant de la restitution, accordée par contre à ceux dont les demandes de préfixation se situent à une date ultérieure, concerne directement lesdits opérateurs ».

Le laconisme de cet *attendu* n'en facilite pas la compréhension. On peut aussi regretter l'absence de toute discussion dans les conclusions de l'avocat général, qui se borne à rappeler la jurisprudence antérieure relative à la notion de « directement concerné », sans l'envisager concrètement par rapport au cas d'espèce. Quant aux arguments des parties, ils portaient, pour l'essentiel, sur la condition de l'intérêt individuel. Pourtant, l'espèce présentait un intérêt tout particulier, puisque, pour la première fois, la Cour était confrontée à une situation qui rendait inopérant le critère utilisé jusqu'alors pour déterminer l'existence d'un intérêt direct.

L'analyse de cet unique *attendu* révèle, cependant, une première donnée susceptible d'avoir décidé la Cour à reconnaître l'intérêt du requérant. Il pourrait s'agir du caractère négatif de la décision qui emportait à l'égard de la requérante exclusion du bénéfice des restitutions majorées. Ainsi serait-on renvoyé au problème de la nature propre des actes négatifs. Surtout, cette considération devrait être combinée avec le fait souligné par la Cour que l'avantage refusé à la société CAM était accordé à d'autres exportateurs, donc, à des concurrents. Mais, précisément, n'avait-elle pas écarté un tel argument dans son arrêt *Eridania* ? En vérité, les circonstances propres à chacune de ces deux espèces ont pu lui sembler différentes. N'est-ce pas ce qu'elle a voulu exprimer en précisant que la mesure attaquée déniait à une catégorie d'opérateurs économiques « pour des exportations déterminées » le bénéfice d'un avantage financier accordé à d'autres qui ne s'en distinguaient qu'en fonction de la date de leurs demandes de préfixation ? Ce serait ainsi l'identité des situations des divers intéressés au regard de la décision communautaire qui justifierait leur intérêt direct. La requérante serait directement concernée, puisque, placée dans une situation identique à celle des bénéficiaires, à la seule exception de la date des demandes de préfixation, elle subirait en conséquence du fait du refus qui lui est opposé, et de l'avantage accordé aux autres exportateurs, un préjudice direct. Si cette explication est la bonne, elle se rapproche beaucoup de la notion de discrimination. La comparabilité, voire l'identité, de la condition des deux catégories en cause, les bénéficiaires de

VARIATIONS NOUVELLES SUR UN THÈME ANCIEN

la mesure et ceux qui en sont exclus, explique que les seconds soient aussi directement concernés que les premiers. Si tel est effectivement le sens de la décision de la Cour, elle mérite l'approbation en ce qu'elle représente un progrès appréciable de la protection judiciaire des droits de l'entreprise face à l'interventionnisme économique des autorités communautaires (125).

42. – Une première systématisation de ces observations conduit à considérer que la Cour consacre bien ici la notion d'intérêt lésé telle qu'elle est utilisée dans le contentieux de plusieurs des États membres (126), tout en s'efforçant, à l'instar de l'exigence d'un intérêt individuel, de mesurer l'ouverture du prétoire en l'assortissant d'une condition supplémentaire, une répercussion directe de la décision contestée sur la situation du requérant (127). L'exigence d'un intérêt direct exprime donc la préoccupation de ne pas admettre un recours qui serait exclusivement fondé sur une relation médiate entre la mesure dont l'illégalité est invoquée et la situation du demandeur. Le préjudice subi doit être un effet direct de la décision attaquée. Autrement dit, la décision doit avoir une répercussion directe sur les intérêts du requérant.

Cette condition ne saurait être confondue avec celle d'un intérêt individuel qui lui est logiquement postérieur (128). Ce n'est qu'une fois établie l'existence d'un intérêt suffisamment direct qu'il restera encore à établir l'existence d'un intérêt individualisant le requérant par rapport à toute autre personne. On conçoit qu'une catégorie d'intéressés puisse être directement concernée dans son ensemble par une mesure communautaire sans que ceux qui la constituent puissent établir qu'ils le sont individuellement. Pour paraître parfois d'une application difficile, cette distinction n'en est pas moins évidente dans son principe.

(125) Sur ce problème, voy. le rapport de synthèse de M. le juge DONNER au VII^e colloque de la F.I.D.E., Bruxelles, 1975, « La politique économique de la Communauté et de ses États membres et les droits de l'entreprise », ronéo, spéc. pp. 260 et s.

(126) Voy. J. M. AUBY et M. FROMONT, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la CEE*, Paris, Dalloz, 1971.

(127) Voy., spéc. pour le droit belge, p. 164, le droit français, p. 229, le droit néerlandais, p. 393.

(128) Et ce n'est, comme on l'a déjà dit, que pour des raisons de commodité que la Cour inverse l'ordre de ces deux conditions tel qu'il a été voulu par le traité.

- 11 -

**« INJUSTICE NORMATIVE » ET FONDEMENT
DE LA RESPONSABILITÉ EXTRA CONTRACTUELLE
DE LA COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE***

OBSERVATIONS SUR L'ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE
DU 31 MARS 1977 DANS LES AFFAIRES JOINTES 54 À 60/76,
COMPAGNIE INDUSTRIELLE ET AGRICOLE DU COMTÉ DE LOHEAC E.A.
*C. CONSEIL ET COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES***

Un système de recours contentieux serait lacunaire et incomplet s'il n'instituait pas une action en indemnité en raison du préjudice causé par l'activité administrative. Aussi, le recours en responsabilité extracontractuelle se présente-t-il comme une composante inhérente à un ensemble de voies judiciaires permettant d'assurer la protection juridictionnelle des sujets de droit, et constitue-t-il un complément nécessaire à celles-ci. Le Traité de la CEE prévoit un tel recours.

Les conditions par trop restrictives de recevabilité des recours individuels en annulation et en carence contribuent à placer le recours communautaire en indemnité dans une position particulière. À partir du moment où la jurisprudence relative aux recours directs dans le cadre du contrôle de la légalité apparaît relativement claire et solidement établie, les individus semblent s'appuyer plus souvent sur le recours en responsabilité et utiliser plus fréquemment la voie de droit leur permettant d'obtenir réparation en raison du dommage subi par eux.

Contrairement à toutes les autres dispositions du traité relatives aux recours contentieux, qui fournissent des indications précises et détaillées à propos des régimes de ces recours, les articles concernant le recours en responsabilité extracontractuelle se contentent d'en énoncer les lignes directrices. L'article 178 du Traité CEE attribue compétence à la Cour de justice pour connaître des litiges relatifs à la réparation des dommages visés à l'article 215, alinéa 2.

* L'expression « injustice normative » (*Normatives Unrecht*) est empruntée à l'avocat général K. ROEMER dans ses conclusions sous aff. jtes 63 à 69/72, *Werhahn c. Conseil des Communautés européennes*, *Rec.*, 1973, p. 1256.

** *Rec.*, 1977, p. 645.

« INJUSTICE NORMATIVE »

Cette dernière disposition prévoit qu'« en matière de responsabilité non contractuelle, la Communauté doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ».

Ces dispositions, « ambiguës, et sans doute volontairement ambiguës », appellent une « œuvre de comparaison et de création » (1), et nécessitent un effort de construction par le juge communautaire.

Il revient, en effet, à la Cour de justice de remplir en substance le cadre général tracé par le traité et de déterminer graduellement le régime du recours communautaire en responsabilité extracontractuelle. Dans cette entreprise, la Cour n'est pas entièrement libre. D'une part, elle doit organiser le recours en indemnité conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres. Il convient de noter que « ce n'est pas en effet au "droit" mais aux "principes généraux" que... renvoie l'article 215, alinéa 2 » (2). La formule utilisée par le traité indiquant la direction générale dans laquelle les solutions doivent être recherchées ne signifie, certes pas, que seules les règles admises par tous les États membres devraient constituer le régime communautaire de responsabilité extracontractuelle. Ainsi que l'a justement remarqué l'avocat général Roemer, « il convient en réalité (comme c'est le cas chaque fois qu'il s'agit de dire le droit en se référant aux principes généraux), de procéder d'une manière critique et de tenir compte des objectifs spécifiques du traité ainsi que des particularités des structures communautaires ; peut-être aussi convient-il de prendre pour point de repère la réglementation nationale la plus judicieusement élaborée (*überlegenst*) » (3). M. Roemer a, en outre, estimé que « ce qui est important en effet pour la méthode d'analyse juridique de l'article 215, alinéa 2, c'est non pas la concordance des ordres juridiques de tous les États membres, non plus qu'un genre de scrutin suivi de la constatation d'une majorité, mais ce que des auteurs de renom (comme Zweigert) ont appelé l'étude pondérée de droit comparé. Dans cette perspective, il est peut-être important d'établir quel ordre juridique se présente comme

(1) Voy. conclusions de l'avocat général J. GAND dans aff. jtes 5, 7, 13 et 24/66, *Firma E. Kampffmeyer e.a. c. Commission de la CEE*, Rec., XIII, pp. 347 et 352. Voy., également, conclusions de l'avocat général K. ROEMER sous aff. 25/62, *Plaumann & Co c. Commission de la CEE*, Rec., IX, p. 242.

(2) Voy. conclusions de l'avocat général J. GAND dans aff. jtes 5, 7, 13 et 24/66, *Firma E. Kampffmeyer e.a. c. Commission de la CEE*, Rec., XIII, p. 352.

(3) Conclusions dans aff. 5/71, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Conseil des Communautés européennes*, Rec., XVII, p. 991.

« INJUSTICE NORMATIVE »

étant le meilleur » (4). On pourrait même penser que la Cour aurait raison de s'écarter de certaines modalités des droits nationaux afin de consacrer des solutions conformes à la structure et adaptées à la finalité de la Communauté.

D'autre part, la Cour ne peut trancher que les questions concernant les cas soumis à sa juridiction. J. Boulouis constatait souvent le peu de progrès réalisés dans le domaine du recours en indemnité (5). Cependant, ainsi que l'a observé l'avocat général Gand, « comme dans toute œuvre jurisprudentielle, la théorie ne peut se construire que par touches successives et résulte du rapprochement des arrêts ; elle est aboutissement » (6). Aussi, d'une manière évolutive et continue, les arrêts rendus par la Cour en matière de responsabilité extracontractuelle constituent-ils le soubassement d'une construction qui n'est parvenue ni à son achèvement ni à sa stabilité.

Le caractère spécifique de la Communauté et, plus spécialement, la nature originale du droit dérivé rendent l'organisation du recours en responsabilité extracontractuelle particulièrement complexe. Une considération semble cependant acquise : « Le renvoi au droit national des États membres ne peut être qu'un renvoi au droit national de la responsabilité administrative... et non pas au droit général de la responsabilité » (7). Il est aussi établi que « le principe d'une responsabilité de l'administration est reconnu dans tous les États – c'est au moins un principe général commun – et par des voies différentes le domaine de cette responsabilité tend partout à s'étendre » (8).

Mais une difficulté réelle subsiste. En s'inspirant des principes généraux communs aux États membres, la Cour doit-elle assimiler le recours communautaire en responsabilité à celui de la puissance publique du fait des lois, ou convient-il plutôt de calquer son régime sur celui de la puissance publique du fait des règlements (9) ? À cet égard, l'avocat général Roemer considère que « ce qui est essentiel ici, c'est

(4) Conclusions dans aff. jtes 63 à 69/72, *Wilhelm Werhahn Hansamühle e.a. c. Conseil des Communautés européennes*, Rec., 1973, p. 1258.

(5) *Ann. fr. dr. intern.*, 1971, pp. 374 et s. ; 1972, pp. 430-431 ; 1973, p. 470 ; 1974, p. 426.

(6) Conclusions dans aff. jtes 5, 7, 13 et 24/66, *Firma E. Kampffmeyer e.a. c. Commission de la CEE*, Rec., XIII, p. 352.

(7) Voy. conclusions de l'avocat général K. ROEMER sous aff. 25/62, *Plaumann*, Rec., IX, p. 241.

(8) Voy. conclusions de l'avocat général J. GAND dans aff. jtes 5, 7, 13 et 24/66, *Kampffmeyer*, Rec., XIII, p. 352.

(9) C'est précisément ce que se demandent L. GOFFIN et M. MAHIEU (« De la responsabilité du fait des règlements communautaires, observations sous aff. 5/71, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt* », *C.D.E.*, 1972, p. 682) : « ... est-il possible d'assimiler le règlement communautaire à une loi nationale ? Faut-il se référer aux solutions données dans les droits nationaux au problème de la responsabilité de l'État législateur ? Ne convient-il pas, au contraire, de se référer à la responsabilité de l'État du fait de la fonction réglementaire ? Ceci ne s'impose-t-il pas

« INJUSTICE NORMATIVE »

que les normes sont arrêtées suivant des modalités différentes de celles que connaissent les États membres et, en particulier, que le Parlement n'y est associé que dans une faible mesure. En fait, cela nous autorise... à n'accorder que peu d'importance aux considérations tirées du droit national relativement à la nature particulière des lois parlementaires pour le contrôle de la constitutionnalité desquelles des mesures spéciales ont été arrêtées... » (10). S'agissant des règlements du Conseil, l'avocat général Dutheillet de Lamothe a remarqué que « le caractère *sui generis* de ces règlements, qui fait que les distinctions traditionnelles de nos droits nationaux entre acte législatif et acte réglementaire leur sont difficilement applicables, complique le problème » (11).

Sans opter explicitement en faveur de l'une ou de l'autre analogie, la Cour de justice élabore sa jurisprudence autour de la notion d'*activité normative* et énonce les principes régissant la responsabilité communautaire du fait des actes faisant partie d'une telle activité.

C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'arrêt de la Cour du 31 mars 1977 dans l'affaire *Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac c. Conseil et Commission des Communautés européennes*. Dans l'ensemble, cette décision confirme la jurisprudence antérieure. Cependant, dans certains de ses aspects, elle pourrait se ranger dans la ligne des arrêts témoignant d'une tendance, détectée par Lord Mackenzie Stuart, de « *change of emphasis from the culpability of the administration to the protection of the legitimate interests of the administered* » (12).

Les faits de l'espèce sont relativement simples. Aux termes du règlement n° 1009/67 du Conseil du 18 décembre 1967, portant organisation commune des marchés dans le secteur du sucre (13), le prix indicatif valable pour le sucre blanc d'une qualité type est fixé chaque année avant le 1^{er} août pour la campagne sucrière débutant le 1^{er} juillet de l'année suivante. Pour le sucre blanc d'une qualité type auquel le prix indicatif est également appliqué, un prix d'intervention est fixé annuellement pour la zone la plus excédentaire de la Communauté, de même que, selon l'article 3, paragraphe 2, de ce même règlement, des prix

particulièrement, lorsque le règlement générateur du dommage est un règlement du Conseil, pris en exécution d'un autre règlement du même Conseil ? ».

(10) Conclusions sous aff. jtes 63 à 69/72, précitées, *Rec.*, 1973, p. 1259.

(11) Conclusions sous aff. jtes 9 et 11/71, *Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA et Grand Moulins de Paris SA c. Commission des Communautés européennes*, *Rec.*, XVIII, p. 412.

(12) « The "non-contractual" liability of the European Economic Community », *Comm. M.L.Rev.*, 1975, p. 507.

(13) *J.O.C.E.*, n° L 308, 18 décembre 1976, p. 1.

« INJUSTICE NORMATIVE »

d'intervention dérivés, en tenant compte des différences régionales de prix. En réalité, à chaque fois, le Conseil a fixé, généralement au mois d'avril, le prix applicable à la campagne sucrière commençant le 1^{er} juillet de la même année. Ce système, basé sur le principe de l'annuité et de l'unicité de la campagne et des prix, ne tenait pas compte du décalage dans la période de récolte et de vente de sucre entre le territoire européen de la Communauté et les Antilles françaises. Alors que, dans le premier, cette récolte s'étend du 1^{er} juillet au 31 décembre, dans les secondes, la récolte et la vente du sucre se déroulent entre le 1^{er} janvier et le 30 juin. Pour les départements français de la Martinique et de la Guadeloupe, ce système signifiait que le prix était fixé au cours de leur campagne sucrière et les producteurs de sucre n'étaient pas en mesure d'en bénéficier, alors que les producteurs européens pouvaient appliquer les nouveaux prix pour l'ensemble de leur production.

Ce système s'appliquait jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement du Conseil n° 3330/74, portant organisation commune des marchés dans le secteur du sucre, qui a abrogé le règlement n° 1009/67 (14). L'article 3, paragraphe 6, alinéa 3, de ce nouveau règlement, qui ne figurait pas, d'ailleurs, dans la proposition de la Commission, mais qui a été ajouté par le Conseil lui-même, dispose : « Pour les départements français de la Guadeloupe et de la Martinique, les prix dérivés fixés pour ces départements, pour une campagne sucrière déterminée, sont applicables à leur production de sucre effectuée pendant l'année civile au cours de laquelle débute ladite campagne sucrière ».

La Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac et six autres sociétés ont introduit des recours en indemnité ayant pour objet d'obtenir réparation pour les dommages prétendument subis par elles pendant quatre campagnes sucrières en raison de la différence entre les prix qu'elles ont effectivement obtenus sous l'empire du règlement n° 1009/67 et des prix qu'elles auraient pu obtenir si le système établi par le règlement n° 3330/74 leur avait été appliqué.

Les requérantes ont notamment soutenu que le règlement n° 1009/67 était entaché d'illégalité fautive et que, même en l'absence de toute illégalité et de toute faute, elles ont subi un préjudice anormal, spécial et direct, de nature à engager la responsabilité de la Communauté.

L'illégalité de la réglementation antérieure au règlement n° 3330/74 résulterait, selon les requérantes, de la violation manifeste des règles supérieures de droit, en particulier, du principe de la protection de la confiance légitime, et de l'atteinte aux buts de la politique agricole

(14) *J.O.C.E.*, n° L 359, 31 décembre 1974, p. 1.

« INJUSTICE NORMATIVE »

commune, énoncés par l'article 39 du Traité CEE et l'article 40, paragraphe 3, de ce même traité aux termes desquels la politique agricole commune doit exclure toute discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Communauté. Les sociétés requérantes ont, en outre, soutenu que les mesures communautaires contestées ont violé le principe d'égalité.

Ce système discriminatoire et illégal constituerait, au surplus, une faute imputable aux institutions communautaires qui n'avaient pas pris en considération la particularité géographique de la Guadeloupe et de la Martinique et n'avaient pas respecté les intérêts des producteurs de ces îles. La faute consisterait non seulement en la violation de règles supérieures de droit, mais aussi en la négligence caractérisée constituée par l'adoption tardive de la nouvelle réglementation, conforme au droit. L'adoption de ce nouveau règlement ne ferait que confirmer, selon les requérantes, le caractère fautif de la réglementation antérieure.

En dernier lieu, les requérantes ont allégué qu'elles avaient subi un préjudice spécial et direct en raison du nombre limité et géographiquement identifiable des intéressés et que ce préjudice revêtait un caractère anormal en raison de sa gravité et de l'absence de toute justification d'ordre public ou d'intérêt économique général.

Répondant à ces divers arguments, le Conseil et la Commission ont, en premier lieu, rejeté la prétention relative à l'illégalité du règlement n° 1009/67 qui résulterait de la prétendue violation du principe de la confiance légitime et de celui de la rémunération équitable. Les défenderesses ont fait remarquer que l'article 39, paragraphe 1^{er}, b), du Traité CEE parle de niveau de vie équitable, notion plus large que celle de rémunération ou de revenu. Elles ont, en outre, démontré que le mode de calcul des prix d'intervention pour le sucre des îles ne créait aucune discrimination et ont maintenu que le principe de la protection de la confiance légitime ne s'appliquait, selon la jurisprudence de la Cour, qu'en l'absence de tout intérêt public péremptoire en sens contraire, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Le Conseil et la Commission ont également réfuté l'argument relatif à la faute. Selon les institutions défenderesses, il n'y aurait, en l'espèce, aucune violation caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers, le Conseil ayant un large pouvoir d'appréciation dans l'exercice duquel il pouvait arrêter les priorités. En adoptant le règlement n° 3330/74, le Conseil a fait un choix de politique économique : du système de la « même campagne » (règlement n° 1009/67), il est légitimement passé au système de « l'anticipation » (règlement n° 3330/74). Un tel choix ne signifiait pas que la politique des années précédentes était irrégulière.

« INJUSTICE NORMATIVE »

Enfin, quant au dommage anormal, spécial et direct, la Commission a fait observer qu'il s'agissait en l'espèce non d'une perte, mais d'un manque à gagner, et que le lien de causalité entre les mesures communautaires incriminées et le dommage prétendument subi faisait défaut, surtout du fait que les requérantes avaient vendu leur sucre en dehors du mécanisme communautaire d'intervention. Le Conseil a ajouté que la Cour n'a jamais reconnu le principe de la responsabilité sans illégalité fautive, que les requérantes n'ont pas subi un préjudice direct, alors que le manque à gagner proviendrait de l'érosion monétaire et de l'inflation, et non pas de l'action communautaire, et que le préjudice n'était pas spécial alors que tous les producteurs de sucre des îles ont été frappés d'une manière identique.

Cette affaire a soulevé un certain nombre de problèmes relatifs au fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté en raison de son activité normative. L'arrêt de la Cour permet de réexaminer la condition d'une illégalité fautive et ses rapports avec la responsabilité communautaire. Il amène également à reconsidérer les éléments susceptibles d'engager, selon la Cour, la responsabilité de la Communauté en raison de dommages causés par des actes normatifs.

I. – ILLÉGALITÉ FAUTIVE ET RESPONSABILITÉ DE LA COMMUNAUTÉ

L'illégalité fautive de l'acte générateur du préjudice semble généralement exigée par la Cour afin que la responsabilité de la Communauté puisse être engagée. Cependant, à la suite de l'arrêt *Grands Moulins de Paris* (15) et, notamment, de celui rendu par la Cour dans l'affaire *Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac* (16), on est en droit d'affirmer que le principe d'une responsabilité en l'absence d'illégalité fautive n'est pas écarté par la Cour de justice.

En examinant la question de savoir dans quelle mesure une illégalité fautive est requise pour que la responsabilité de la Communauté puisse être encourue, une constatation s'impose : le texte de l'article 215 du Traité CEE ne mentionne ni l'illégalité ni la faute. Cette omission n'est pas fortuite. Les travaux préparatoires du traité en portent témoignage (17).

(15) Aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, XVIII, p. 391.

(16) Aff. jtes 54 à 60/76, *Rec.*, 1977, p. 645, attendu n° 17.

(17) Voy. L. GOFFIN et M. MAHIEU, « L'arrêt Lütticke du 28 avril 1971 et les développements récents de la jurisprudence sur la responsabilité extracontractuelle des Communautés européennes, observations sous aff. 4/69, *Lütticke* », *C.D.E.*, 1972, p. 86, note n° 42.

« INJUSTICE NORMATIVE »

La nécessité d'une illégalité fautive des institutions communautaires apparaît d'abord dans les conclusions des avocats généraux. En effet, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Plaumann*, l'avocat général K. Roemer a estimé que « l'article 215, alinéa 2, laisse à la jurisprudence de la Cour le soin de développer d'autres conditions importantes, notamment celle de l'illégalité... et de la faute » (18). Selon l'avocat général, « pour la responsabilité administrative, la simple illégalité d'un acte ne peut suffire, on ne peut invoquer un droit résultant de la responsabilité administrative que lorsqu'une faute ou un agissement fautif au sens de "faute de service" a été prouvé » (19). Enfin, dans les conclusions sous l'affaire *Werhahn*, M. Roemer considère que, « d'après les règles en matière de responsabilité non contractuelle (telles qu'elles ont été respectées jusqu'à présent), à la constatation de l'illégalité doit faire suite l'examen de la question de savoir s'il y a une faute » (20).

Selon l'avocat général J. Gand, le comportement de la Commission dans l'affaire *Kampffmeyer* « a été entaché d'une certaine négligence qui donne à sa décision illégale un caractère fautif » (21). Pour l'avocat général H. Mayras, « les particuliers sont... recevables à mettre en cause la responsabilité communautaire en invoquant une faute commise par une institution dans l'exercice du pouvoir réglementaire » (22). Ce même avocat général considère que « l'absence de tout élément de nature à affecter la légalité des règlements... suffit à exclure l'existence d'une faute de service au sens de l'article 215 du traité » (23).

De même, l'avocat général G. Reischl considère que, selon la jurisprudence de la Cour, « la première condition de l'existence d'un droit à indemnité est l'illégalité du comportement » (24). Enfin, l'avocat général A. Trabucchi estime que « la responsabilité extracontractuelle de la Communauté... présuppose un acte illicite et non un comportement préjudiciable quelconque » (25). Par ailleurs, M. Trabucchi déclare que, « pour constituer une faute de la Communauté génératrice de responsabilité, la violation d'une telle règle ne doit pas nécessairement présupposer l'illégalité de l'acte normatif » (26).

(18) *Rec.*, XI, p. 241.

(19) *Ibid.*, p. 247.

(20) Aff. jtes 63 à 69/72, *Rec.*, 1973, p. 1269.

(21) *Rec.*, XIII, p. 356.

(22) Conclusions dans aff. *Wünsche*, *Rec.*, 1973, p. 807.

(23) *Ibid.*, p. 812.

(24) Conclusions dans aff. 153/73, *Holtz & Willemsen*, *Rec.*, 1974, p. 703.

(25) Conclusions dans aff. 74/74, *C.N.T.A.*, *Rec.*, 1975, pp. 557-558.

(26) Conclusions dans aff. 169/73, *Compagnie Continentale France*, *Rec.*, 1975, p. 141.

« INJUSTICE NORMATIVE »

La Cour de justice a explicitement déclaré que l'illégalité de l'acte générateur du préjudice est une condition nécessaire pour que la responsabilité de la Communauté puisse être engagée. En effet, dans l'arrêt *Lütticke*, on peut lire : « En vertu de l'article 215, alinéa 2, et des principes généraux auxquels il est renvoyé par cette disposition, la responsabilité de la Communauté suppose la réunion d'un ensemble de conditions en ce qui concerne la réalité du dommage, l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice invoqué et le comportement reproché aux institutions et l'illégalité de ce comportement » (27). Une formule très similaire apparaît dans l'arrêt *Holtz & Willemssen* avec, cependant, cette différence que l'illégalité y figure en premier et précède les deux autres conditions, à savoir le dommage et le lien de causalité (28).

L'illégalité apparaît donc comme la condition première qui doit être remplie afin que la responsabilité de la Communauté puisse être encourue. Ainsi, par exemple, la Cour estime, dans l'arrêt *Lütticke*, qu'en n'engageant pas la procédure en constatation de manquement contre la République fédérale d'Allemagne, la Commission « n'a pas manqué à exercer sa mission de surveillance » prévue à l'article 97, paragraphe 2, du traité, en d'autres termes, qu'elle n'a pas agi illégalement (29). De même, dans l'affaire *Mercur*, la Cour constate que les règlements critiqués par la requérante ne sont pas entachés des illégalités invoquées et conclut, dès lors, au rejet du recours « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres conditions de la responsabilité extracontractuelle selon l'article 215, paragraphe 2, du traité » (30). Le recours dans l'affaire *Werhahn* est rejeté par la Cour, puisque les interventions du Conseil, contestées par la requérante, n'étaient pas illégales (31).

L'existence d'une illégalité de l'acte générateur du préjudice n'implique cependant pas qu'une annulation préalable au recours en indemnité soit requise. Sur ce point, la jurisprudence semble avoir évolué.

Pendant un certain temps, la Cour semblait soumettre la recevabilité du recours en responsabilité à l'annulation préalable de la mesure incriminée. Dans son arrêt *Plaumann*, elle a, en effet, déclaré « qu'un acte administratif non annulé ne saurait être en lui-même constitutif d'une faute lézant les administrés ; que ceux-ci ne sauraient donc prétendre à des dommages et intérêts du fait de cet acte » (32). Soucieuse de ne

(27) Aff. 4/69, *Rec.*, XVII, pp. 337-338.

(28) Aff. 153/73, *Rec.*, 1974, p. 694.

(29) *Rec.*, XVII, pp. 339-340.

(30) Aff. 43/72, *Rec.*, 1973, p. 1075.

(31) Aff. jtes 63 à 69/72, *Rec.*, 1973, p. 1252.

(32) *Rec.*, IX, p. 225.

« INJUSTICE NORMATIVE »

pas permettre de tourner les conditions de recevabilité du recours en annulation, la Cour semble avoir établi un degré de subsidiarité entre le recours en indemnité et le recours en annulation. On peut noter que la formule de la Cour ne permettait pas de savoir si une déclaration d'invalidité en vertu de l'article 177 du traité ou encore une déclaration d'illégalité sur la base de l'article 184 pouvaient être considérées comme remplissant la condition préalable relative à l'illégalité de la mesure incriminée.

L'arrêt *Plaumann* a été unanimement critiqué par la doctrine (33). La conception qui s'y trouve exprimée limite considérablement le champ d'application de l'article 215, paragraphe 2. En outre, elle était inconciliable avec la position adoptée par la Cour dans l'affaire *Vloeberghs* qui, quoique rendue à propos du Traité CECA, énonçait des principes valables dans le cadre du Traité CEE. Dans cette dernière espèce, la Cour a clairement affirmé que « l'action en indemnité... se différencie d'un recours en annulation tant par son objet que par les griefs qui peuvent être invoqués » (34).

Aussi, dans l'affaire *Lütticke*, la Cour revenait-elle sur sa jurisprudence *Plaumann* et affirmait le principe de l'autonomie du recours en indemnité. Selon la Cour, « le recours en indemnité des articles 178 et 215, alinéa 2, a été institué comme une voie de recours autonome, ayant sa fonction particulière dans le cadre du système des voies de recours et subordonné à des conditions d'exercice conçues en vue de son objet spécifique ; qu'il serait contraire à cette autonomie du recours, autant qu'à l'efficacité du système général des voies de droit instituées par le traité, de considérer comme cause d'irrecevabilité le fait que, dans certaines circonstances, l'exercice du recours en indemnité pourrait conduire à un résultat comparable à celui du recours en carence institué par l'article 175 » (35).

Ce qui était spécifiquement énoncé à propos du recours en carence était logiquement applicable au recours en annulation. Aussi, dès l'arrêt *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, la Cour a-t-elle affirmé que l'action en indemnité « se différencie du recours en annulation en ce qu'elle tend, non à la suppression d'une mesure déterminée, mais à la réparation du préjudice causé par une institution dans l'exercice de ses fonctions » (36). Elle a précisé, dans l'affaire *Grands Moulins de Paris*,

(33) Voy., p. ex., les auteurs cités par l'avocat général K. ROEMER, conclusions sous aff. 5/71, *Rec.*, XVII, pp. 992-993.

(34) Aff. jtes 9 et 12/60, *Rec.*, VII, p. 424.

(35) Aff. 4/69, *Rec.*, XVII, p. 337.

(36) Aff. 5/71, *Rec.*, XVII, p. 984.

« INJUSTICE NORMATIVE »

que « les recours en réparation visent seulement à la reconnaissance d'un droit à réparation et, par conséquent, à une prestation destinée à produire ses effets uniquement à l'égard des requérantes » (37). Ces principes constituent une jurisprudence constante (38). Ce sont, surtout, l'effet rétroactif et l'autorité *erga omnes* de l'arrêt en annulation qui démarquent ce recours du recours en responsabilité (39). Le recours en indemnité a un caractère spécifique et autonome.

La recevabilité du recours en responsabilité basé sur l'article 215, alinéa 2, n'est subordonnée, par conséquent, ni à l'annulation préalable de la mesure incriminée sur la base de l'article 173 du traité ni, *a fortiori*, à la déclaration d'illégalité en vertu de l'article 184 ou à la constatation d'invalidité dans le cadre du renvoi préjudiciel de l'article 177.

Pourtant, à propos de certains arrêts rendus dans le cadre du contentieux de la fonction publique, la Cour a précisé que, « si une partie peut agir par le moyen d'une action en responsabilité sans être astreinte par aucun texte à poursuivre l'annulation de l'acte illégal qui lui cause préjudice, elle ne saurait tourner par ce biais l'irrecevabilité d'une demande visant la même illégalité et tendant aux mêmes fins pécuniaires » (40).

C'est, semble-t-il, un détournement de procédure que la Cour estime devoir écarter. Dans le considérant de l'arrêt *Plaumann*, précédant l'*attendu* relatif à l'exigence de l'annulation préalable, la Cour a, en effet, constaté que « le recours en indemnité vise en réalité le retrait des effets juridiques que la décision litigieuse a comportés pour le requérant » (41).

C'est, assurément, une entreprise difficile pour la Cour de procéder à une appréciation délicate, à un examen largement subjectif, pour établir le motif véritable et découvrir l'objet réel de l'action en indemnité introduite devant elle.

L'illégalité de l'acte générateur du préjudice doit-elle être fautive ? À cet égard, on peut rappeler que l'article 40 du Traité CECA mentionne expressément la notion de faute de service comme condition nécessaire pour engager la responsabilité de cette Communauté. Une telle référence ne figure pas à l'article 215, alinéa 2, du Traité CEE.

(37) Aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, XVIII, p. 404.

(38) Voy. aff. 43/72, *Merkur, Rec.*, 1973, p. 1070 et aff. 153/73, *Holtz & Willemsen, Rec.*, 1974, p. 693.

(39) Voy., p. ex., conclusions de l'avocat général DUTHEILLET DE LAMOTHE dans aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, XVIII, p. 413.

(40) Aff. 59/65, *Heinrich Schreckenbergh c. Commission de la CEEA, Rec.*, XII, p. 797.

(41) *Rec.*, IX, p. 225.

« INJUSTICE NORMATIVE »

Les formules des arrêts *Lütticke*(42) et *Holtz & Willemsen*(43) paraissent indiquer que l'existence d'une faute n'est pas requise pour que la responsabilité de la Communauté puisse être encourue. Dans ces deux arrêts, répétons-le, la Cour ne mentionne que l'illégalité, le dommage et le lien de causalité(44). On peut cependant relever que, dans deux autres espèces, la faute apparaît comme une condition essentielle. Dans la première, *Plaumann*, la Cour a déclaré qu'« un acte administratif non annulé ne saurait être lui-même constitutif d'une faute lésant les administrés »(45). Dans la seconde, *Kampffmeyer*, la Cour considère que l'application *fautive* et l'utilisation abusive par la Commission de l'article 22 du règlement n° 19 du Conseil, l'appréciation erronée de la situation économique et, plus généralement, le comportement d'ensemble de la Commission constituaient une *faute de service* susceptible d'engager la responsabilité de la Communauté(46). Il convient de noter que, dans cette dernière affaire, la Cour rejette comme sans pertinence l'allégation selon laquelle une faute lourde serait nécessaire(47). Les arrêts postérieurs ne contiennent pas de références explicites à la notion de faute.

La responsabilité extracontractuelle de la Communauté peut-elle exister en l'absence de toute illégalité et de toute faute ? Dans ses conclusions relatives aux affaires jointes *Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit SA et Grands Moulins de Paris SA*, l'avocat général H. Mayras a estimé que, « si l'article 215, alinéa 2, du traité de Rome ne fait aucune référence à cette notion, il n'en exclut pas nécessairement l'application dans le droit communautaire »(48). L'avocat général a cependant considéré que, dans l'état actuel de la jurisprudence, « rien ne permet d'affirmer que la Communauté pourrait, dans certains cas, encourir une responsabilité indépendamment de toute illégalité et de toute faute »(49). Toutefois, l'avocat général K. Roemer avait admis une telle responsabilité. Dans ses conclusions sous l'affaire *Plaumann*, il déclarait que la responsabilité de la Communauté, en dehors de toute illégalité *fautive*, ne peut être engagée « que dans des conditions très strictes, c'est-à-dire, en cas de dommage anormal, spécial et direct, s'il existe donc une charge spéciale supportée par

(42) Aff. 4/69, précitée.

(43) Aff. 153/73, précitée.

(44) Voy., *supra*, p. 307.

(45) Aff. 25/62, *Rec.*, IX, p. 225.

(46) Aff. jtes 5, 7, 13 et 24/66, *Rec.*, XIII, p. 339.

(47) *Ibid.*, p. 340.

(48) Aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, XVIII, p. 425.

(49) *Ibid.*

« INJUSTICE NORMATIVE »

quelques personnes seulement » (50). C'est, en somme, une allusion à la théorie de la responsabilité sans illégalité et sans faute, pour rupture de l'égalité devant les charges publiques, telle qu'élaborée, notamment, par le Conseil d'État français.

On peut relever que, dans l'arrêt *Acciaieria e ferriera di Roma (Feram) c. Commission des Communautés européennes* (51), rendu dans le cadre du Traité CECA, qui exige, pourtant explicitement, une faute de service, la Cour a déclaré « qu'en l'espèce, il n'a pas été établi que le désavantage subi par la requérante dépasserait celui normalement inhérent au système choisi ou ceux subis par ses concurrents » et que « ni l'existence d'une faute de service, ni celle d'un préjudice spécial de la requérante n'étant établis, l'action en réparation doit être rejetée... » (52). La mention d'un *préjudice spécial* ne renvoie-t-elle pas à la responsabilité sans faute (53) ?

C'est, surtout, à propos du Traité CEE que la question se pose. Le principe d'une responsabilité sans faute et sans illégalité ne semble pas exclu par la Cour de justice. À cet égard, on peut noter que, dans l'arrêt *Grand Moulins de Paris*, la Cour, répondant à l'argument relatif au préjudice anormal et spécial, a rejeté la responsabilité de la Communauté au motif que, dans le cas de l'espèce, les mesures incriminées étaient justifiées par l'intérêt économique général (54). On peut en déduire que le principe d'une responsabilité sans faute n'est pas écarté par la Cour de justice. Aussi l'arrêt du 31 mars 1977 permet-il de renforcer cette affirmation.

Les requérantes dans l'affaire *Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac* ont, en effet, prétendu qu'elles avaient subi un préjudice anormal, spécial et direct en raison de la gravité du dommage, de l'absence de toute justification d'ordre public ou d'intérêt économique général et du fait du nombre limité et géographiquement identifiable des sociétés intéressées (55). En considérant cet argument, l'avocat général G. Reischl estimait qu'« à supposer qu'un tel principe général soit commun aux droits des États membres, encore resterait-il à prouver et à chiffrer la gravité du préjudice allégué et à démontrer que ce préjudice est spécial et qu'il existe un lien direct de cause à effet entre l'agencement des dispositions réglementaires incriminées et ce préjudice ». Faisant état des avantages du système contesté et des

(50) *Rec.*, IX, p. 249.

(51) Aff. 70/69, *Rec.*, XVII, p. 227.

(52) Aff. 70/69, *Rec.*, XVII, p. 239.

(53) Voy. G. NAFILYAN, note sous l'arrêt de la Cour du 16 mars 1971 dans l'aff. 70/69, *Rev. trim. dr. eur.*, 1971, p. 462.

(54) Aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, XVIII, p. 409.

(55) Voy., *supra*, p. 304.

« INJUSTICE NORMATIVE »

mesures communautaires destinées à corriger la situation de relative inégalité où les requérantes ont pu se trouver, l'avocat général a conclu que « l'existence même d'un préjudice anormalement grave résultant de la prise en considération tardive des intérêts des producteurs de sucre de la Guadeloupe et de la Martinique dans le mode de fixation des prix communautaires ne... paraît donc pas établi... ».

La Cour de justice, quant à elle, a déclaré que « le grief d'avoir subi un préjudice anormal, spécial et direct peut d'autant moins être prouvé que celui-ci résulterait non d'une perte mais d'un manque à gagner dont il est difficile de justifier l'existence dans le cadre de contrats commerciaux échappant aux mécanismes communautaires » (56). Un certain nombre d'observations peuvent être faites à propos de cet *attendu*. En premier lieu, la Cour ne discute pas la question de savoir si le principe d'une responsabilité sans faute était un des principes communs aux droits des États membres, applicable en droit communautaire. On pourrait déduire de sa démarche que le principe d'une telle responsabilité est implicitement reconnu. En second lieu, la Cour relève qu'il s'agit, en l'espèce, non d'une perte, mais d'un manque à gagner. La distinction entre *damnum emergens* et *lucrum cessans* apparaît à propos de divers aspects du contentieux de la responsabilité. Elle figure à l'arrêt *Kampffmeyer* (57). Dans l'affaire *C.N.T.A.*, la Cour a déclaré que la requérante ne saurait prétendre à une protection de la confiance légitime que pour ne pas subir des pertes du fait de l'abrogation des montants compensatoires (58). Enfin, ce sont, semble-t-il, les difficultés de preuve d'un tel préjudice qui ont déterminé la Cour à rejeter la prétention des sociétés requérantes. Ces difficultés étaient augmentées par le fait que les requérantes n'avaient pas apporté leur sucre au mécanisme communautaire d'intervention.

Le principe d'une responsabilité sans illégalité fautive semble donc acquis en droit communautaire. La jurisprudence aurait à en préciser les conditions d'existence et les modalités de mise en œuvre. Dans cette entreprise, la Cour pourrait s'inspirer de certains principes des droits nationaux, tels que ceux régissant la responsabilité de la puissance publique pour rupture de l'égalité devant les charges publiques en droits français et belge et les règles de droit allemand applicables aux interventions de la puissance publique assimilables à une expropriation et, plus généralement, la notion de dédommagement pour charges particulières.

(56) Aff. jtes 54 à 60/76, *Rec.*, 1977, p. 645, attendu n° 17.

(57) Précité.

(58) Aff. 74/74, *Rec.*, 1975, p. 549.

« INJUSTICE NORMATIVE »

Admise dans son principe, la responsabilité sans faute pourrait être régie par des règles propres au droit communautaire, élaborées par la Cour de justice, en tenant compte de la structure spécifique et des objectifs propres de la Communauté dans l'intérêt de la protection des particuliers.

II. – ACTIVITÉ NORMATIVE ET RESPONSABILITÉ DE LA COMMUNAUTÉ

L'arrêt *Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac* s'inscrit dans la ligne des décisions relatives aux conditions dans lesquelles peut être engagée la responsabilité de la Communauté en raison de son activité normative. En effet, dans l'*attendu* n° 6 de l'arrêt, la Cour déclare : « attendu que l'acte critiqué, ayant un caractère normatif et comportant une mesure de politique économique, la responsabilité de la Communauté pour le préjudice que des producteurs auraient subi par l'effet de cet acte ne saurait être engagée, compte tenu des dispositions de l'article 215, alinéa 2, qu'en présence d'une violation caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers ».

Cette jurisprudence remonte à l'affaire *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt* à propos de laquelle, s'inspirant de la « *Schutznormtheorie* » allemande, la Cour a affirmé que, « s'agissant d'un acte normatif qui implique des choix de politique économique, cette responsabilité de la Communauté pour le préjudice que des particuliers auraient subi par l'effet de cet acte ne saurait être engagée, compte tenu des dispositions de l'article 215, alinéa 2, du traité, qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers » (59). Des formules très proches figurent dans bien d'autres arrêts de la Cour (60), mais pas dans tous (61).

Si l'on fait abstraction des différences qui peuvent exister entre « acte normatif » et « acte ayant un caractère normatif » et de celles entre « violation suffisamment caractérisée » et « violation caractérisée », une autre variante dans les formules utilisées par la Cour pourrait revêtir une certaine signification. En effet, dans certains

(59) Aff. 5/71, *Rec.*, XVII, p. 985.

(60) Voy., p. ex., aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, XVIII, p. 405 ; aff. 59/72, *Rec.*, 1973, p. 803 ; aff. 43/72, *Rec.*, 1973, p. 1071 ; aff. jtes 63 à 69/72, *Rec.*, 1973, p. 2147 ; aff. 153/73, *Rec.*, 1974, p. 694 ; aff. 74/74, *Rec.*, 1975, p. 545.

(61) Voy., p. ex., aff. jtes 95 et 98/74 et 100/75, *Union nationale des coopératives agricoles de céréales e.a. c. Commission et Conseil des Communautés européennes*, *Rec.*, 1975, p. 1615 ; aff. jtes 67 et 85/75, *Lesieur Cotelle et Associés SA e.a. c. Commission des Communautés européennes*, *Rec.*, 1976, p. 391.

« INJUSTICE NORMATIVE »

arrêts, la Cour se réfère aux actes normatifs « qui impliquent des choix de politique économique » (62) alors que, dans certains autres, elle vise des actes normatifs « qui comportent des mesures de politique économique » (63). Ces deux expressions peuvent recouvrir des catégories d'actes différents.

De quels actes s'agit-il ? Commentant l'arrêt *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, V. Constantinesco écrit : « la Cour considère donc, en accord avec une jurisprudence antérieure, qu'il existe une hiérarchie entre les règlements de l'article 189 CEE. Déjà, en effet, la Cour avait eu l'occasion de préciser la distinction entre règlement de base et règlement d'exécution. On doit, ici, se demander si la notion à laquelle correspond la formule de la Cour crée encore un degré supérieur dans cette hiérarchie, ou bien si elle peut se ramener à la notion de règlement de base. La jurisprudence ultérieure sera sans doute amenée à préciser la formule de la Cour » (64).

En réalité, les précisions apportées par la Cour étendent l'application de la formule originale. Cette formule s'appliquait, dans l'affaire *Zuckerfabrik Schöppenstedt*, non pas à un règlement de base, mais à un règlement du Conseil n° 769/68 adopté en exécution du règlement du Conseil n° 1009/67. De même, dans les affaires *Holtz & Willemsen* (65) et *Kampffmeyer* (66), il s'agissait de règlements du Conseil pris en vertu de règlements de base. L'affaire *Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac* met en cause, directement, un règlement de base du Conseil. Mais cette même jurisprudence est également applicable aux règlements de la Commission. Ainsi, par exemple, dans l'affaire 43/73 (67), il s'agissait d'un règlement d'exécution adopté par la Commission en vertu d'un règlement de base du Conseil. De même, les affaires *C.N.T.A.* (68) et *Merkur Aussenhandel* (69) portaient, la première, sur un règlement de la Commission abrogeant son propre règlement d'exécution, la seconde, sur un règlement d'exécution de la Commission modifiant un autre règlement d'exécution de cette institu-

(62) Voy. aff. 5/71, *Rec.*, XVII, p. 985 ; aff. 59/72, *Rec.*, 1973, p. 803 ; aff. jtes 63 à 69/72, *Rec.*, 1973, p. 1247 ; aff. 153/73, *Rec.*, 1974, p. 694 ; aff. jtes 56 à 60/74, *Rec.*, 1976, p. 744. Ce dernier arrêt parle d'une *activité normative*, expression qui paraît pouvoir s'appliquer à une carence des institutions communautaires.

(63) Aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, XVIII, p. 404 ; aff. 43/72, *Rec.*, 1973, p. 1071 ; aff. 74/74, *Rec.*, 1975, p. 545 ; aff. jtes 54 et 60/76, *Rec.*, 1977, p. 645.

(64) *Journ. dr. intern.*, 1973, p. 537.

(65) Aff. 153/73, *Rec.*, 1974, p. 537.

(66) Aff. jtes 56 à 60/74, *Rec.*, 1976, p. 711.

(67) *Merkur Aussenhandel*, *Rec.*, 1973, p. 1055.

(68) Aff. 74/74, *Rec.*, 1975, p. 533.

(69) Aff. 97/76, *Rec.*, 1977, p. 1063.

« INJUSTICE NORMATIVE »

tion. L'arrêt *Wünsche* (70) visait un règlement d'exécution « de second degré », puisqu'il s'agissait du règlement n° 1643/71, adopté en vertu des règlements d'exécution n°s 1427/71 et 1428/71, arrêtés par le Conseil sur la base de son règlement n° 865/65.

La délimitation matérielle du champ d'application de la formule considérée n'apparaît pas très évidente. En effet, les règlements du Conseil et de la Commission mis en cause dans les différentes espèces concernaient, surtout, la réglementation des prix et des aides et l'abrogation, la modification ou le défaut de fixation de montants compensatoires monétaires.

Peut-être, en raison de cette diversité, l'arrêt *Merkur Aussenhandel*, rendu le 8 juin 1977, abandonne-t-il les deux expressions, celle d'actes normatifs « impliquant des choix de politique économique » et celle d'actes normatifs « comportant des mesures de politique économique » pour ne mentionner, tout simplement, que des « actes normatifs de politique économique » (71) ?

Il est regrettable que la formule de la Cour relative à la responsabilité de la Communauté en raison de son activité normative trouve application à l'égard d'une diversité de mesures de pure exécution. Il paraîtrait justifié de limiter cette formule aux seuls règlements de base et, parmi eux, aux seuls règlements qui opèrent des choix fondamentaux de politique économique et se situent, à ce titre et du fait de leur contenu, au sommet de la législation communautaire. La protection juridictionnelle des particuliers, si déficiente dans le cadre du contrôle direct de la légalité, l'exigerait. Cette quasi-immunité juridictionnelle devient particulièrement contestable lorsque les autres conditions pour la mise en œuvre de la responsabilité communautaire du fait des actes normatifs sont considérées.

Pour engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté en raison de son activité normative, la Cour exige, rappelons-le, une violation caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers.

L'expression « violation caractérisée » semble viser, ainsi que l'ont estimé les avocats généraux K. Roemer (72) et G. Reischl (73), une violation particulièrement flagrante. La reconnaissance du degré de gravité de la violation reste soumise à l'appréciation de la Cour dans chaque cas d'espèce. Difficilement définissable, la violation

(70) Aff. 59/72, *Rec.*, 1973, p. 791.

(71) Aff. 97/76, *Rec.*, 1977, p. 1063, attendu n° 19.

(72) Conclusions dans aff. jtes 63 à 69/72, *Rec.*, 1973, p. 1259.

(73) Conclusions dans aff. 153/73, *Rec.*, 1974, p. 705.

« INJUSTICE NORMATIVE »

caractérisée pourrait concerner des vices graves affectant la légalité interne plutôt qu'externe des actes administratifs. On peut noter, cependant, que, dans l'arrêt *C.N.T.A.*, la Cour a reconnu que la Commission, en abrogeant les montants compensatoires monétaires applicables aux graines de colza et de navette et aux huiles obtenues à partir de ces graines, sans avoir assorti son règlement des mesures transitoires « protégeant la confiance que l'opérateur pouvait légitimement avoir dans la réglementation communautaire, a violé une règle supérieure de droit et engagé ainsi la responsabilité de la Communauté » (74). On observera que la Cour ne qualifie pas la violation constatée de caractérisée.

La violation doit concerner une règle supérieure de droit protégeant les particuliers. Cette formule n'est pas sans ambiguïté. De quelles règles s'agit-il ? Goffin et Mahieu ont observé, à cet égard, que « la Cour n'exige... pas que la règle violée protège exclusivement ou notamment les intérêts d'une catégorie de justiciables... elle énonce uniquement que la règle violée doit protéger les particuliers sans autre précision ». Et les deux auteurs concluent qu'« ainsi formulée, la condition perd une grande part de sa signification » (75). De la jurisprudence, il ressort que les règles de non-discrimination, de confiance légitime, de niveau de vie équitable et de sécurité juridique constituent « des règles supérieures de droit protégeant les particuliers ».

Les arrêts rendus par la Cour en matière de responsabilité extracontractuelle de la Communauté pour dommages causés par son activité normative portent, pour la plupart, sur la politique agricole commune. Il s'agit du droit d'interventionnisme économique. La jurisprudence paraît être conditionnée par deux facteurs essentiels.

D'une part, la Cour a souvent constaté que les institutions communautaires bénéficiaient d'un large pouvoir d'appréciation dans l'adoption de mesures telles que les mesures incriminées. Ainsi se pose, dans toute son ampleur, la question du contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et, plus généralement, celle des limites inhérentes à la fonction juridictionnelle. Un large pouvoir d'appréciation ne signifie pas un pouvoir arbitraire. En effet, dans l'arrêt *Merkur*, la Cour, après avoir relevé que la Commission disposait d'une large marge d'appréciation, a déclaré qu'« il n'apparaît pas que la Commission ait fait usage de ce pouvoir d'une manière arbitraire » (76).

(74) Aff. 74/74, *Rec.*, 1975, p. 549.

(75) L. GOFFIN et M. MAHIEU, « De la responsabilité du fait des règlements communautaires, observations sous aff. 5/71, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt* », *C.D.E.*, 1972, pp. 689-690.

(76) Aff. 43/72, *Rec.*, 1973, pp. 1074-1075.

« INJUSTICE NORMATIVE »

Le contrôle par la Cour de justice de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de responsabilité n'est pas sans parenté avec ce même contrôle dans le cadre du contentieux de la légalité. En effet, dans l'arrêt *Balkan Import-Export*, rendu à propos du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, la Cour a déclaré : « attendu que, s'agissant de l'évaluation d'une situation économique complexe, la Commission et le comité de gestion jouissent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation ; qu'en contrôlant la légalité de l'exercice d'une telle compétence, le juge doit se limiter à examiner si elle n'est pas entachée d'une erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ou si cette autorité n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation » (77).

Des limites analogues à propos du contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans le cadre du recours en indemnité ont été énoncées par la Cour. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Merkur*, la Cour estime que la Commission ne s'est pas laissée guider par des considérations « manifestement erronées » (78) ; dans l'affaire *Werhahn*, elle considère que l'institution communautaire n'est pas allée au-delà de ce qui pouvait être nécessaire pour réaliser les objectifs visés (79) ; et dans l'affaire *C.N.T.A.*, la Cour déclare que la Commission n'a pas dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation (80).

Dans l'arrêt *Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac*, la Cour a noté que le système de fixation des prix, décidé en 1967 et critiqué par les requérantes, avait paru justifié au Conseil, puisqu'il s'agissait d'une période de relative stabilité de la monnaie, alors que le nouveau système trouvait sa justification, notamment, dans la hausse sensible des prix et par la pénurie mondiale de sucre. Aussi a-t-elle conclu que « le Conseil, en accordant, en 1967, sa préférence à l'annuité et à l'unicité de campagne, puis, en 1974, à un autre mécanisme de marché, a fait un choix de politique économique entrant dans ses pouvoirs discrétionnaires, conforme avec les buts de la politique agricole commune tels que définis par le traité et notamment par son article 39 » (81).

Le second facteur qui semble dominer la jurisprudence de la Cour est la prise en considération de l'intérêt économique général par l'institution communautaire lors de l'adoption des mesures contestées.

(77) Aff. 55/75, *Rec.*, 1976, p. 30.

(78) Aff. 43/72, *Rec.*, 1973, p. 1075.

(79) Aff. jtes 63 à 69/72, *Rec.*, 1973, p. 1250.

(80) Aff. 74/74, *Rec.*, 1975, p. 546.

(81) Attendu n° 13.

« INJUSTICE NORMATIVE »

Ainsi, par exemple, elle considère, dans l'arrêt *Grands Moulins de Paris*, que la Commission a agi dans l'intérêt commun en prenant des mesures qui visaient, dans un intérêt économique général, à atténuer les conséquences résultant de la dévaluation du franc français(82). De même, dans l'affaire *Holtz & Willemsen*, la Cour a estimé que les problèmes posés par l'institution d'une organisation commune des marchés étaient de nature à justifier une mesure provisoire destinée à pallier les difficultés(83). L'arrêt *C.N.T.A.* se situe dans la même ligne des décisions. On peut y lire, en effet, « que la responsabilité de la Communauté serait... engagée si, en l'absence d'un intérêt public péremptoire en sens contraire, la Commission supprimait, avec effet immédiat et sans avertissement, l'application des montants compensatoires dans un secteur déterminé sans prendre de mesures transitoires... ». C'est après avoir constaté l'absence d'un tel intérêt que la Cour a conclu à l'existence d'une violation engageant la responsabilité de la Communauté(84).

La jurisprudence aura, sans doute, à préciser les principes de la responsabilité de la Communauté pour dommages causés par l'exercice de son pouvoir normatif et à en déterminer les modalités de mise en œuvre. De toutes les voies de droit faisant partie du système contentieux communautaire, le recours en indemnité apparaît le plus complexe à organiser. Cependant, les actions basées sur l'article 215, alinéa 2, du traité tendent à se multiplier. Mais l'accroissement d'un contentieux n'est-il pas un indice révélateur du dynamisme et de la vitalité d'un ordre juridique ?

(82) Aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, XVIII, pp. 407-408.

(83) Aff. 153/73, *Rec.*, 1974, p. 697.

(84) Aff. 74/74, *Rec.*, 1975, p. 549.

- 12 -

LE DROIT AU JUGE DEVANT LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE ET LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

L'ampleur et l'étendue des compétences attribuées à l'institution judiciaire communautaire sont conçues en vue de permettre à celle-ci de satisfaire à une double exigence : assurer le respect de la légalité dans l'ordre juridique communautaire et veiller au respect par les États membres des obligations qui leur incombent en vertu du traité.

Ces compétences s'articulent autour d'une préoccupation à la fois essentielle et omniprésente : celle d'assurer aux particuliers une protection efficace des droits tirés des règles communautaires.

En effet, la reconnaissance de l'applicabilité directe de certaines dispositions du droit communautaire est destinée, précisément, à permettre aux justiciables de se prévaloir de telles dispositions devant le juge interne auquel est confiée la tâche d'assurer leur protection. La procédure de renvoi préjudiciel a été instituée pour permettre aux juridictions nationales de solliciter le concours de la Cour de justice et, à cette dernière, de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres.

Le contrôle de la légalité par la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes peut être déclenché dans certaines circonstances, par des personnes physiques ou morales. Le respect par les autorités nationales de leurs obligations communautaires peut être revendiqué normalement devant les tribunaux internes par des particuliers.

Jusqu'à une période relativement récente, il apparaissait que la juridiction communautaire avait restrictivement interprété les dispositions du traité relatives à l'accès au prétoire par des personnes privées et avait privilégié la saisine des juridictions nationales en soulignant la faculté ou, selon le cas, l'obligation de ces dernières de recourir au renvoi préjudiciel.

Depuis quelques années, une orientation quelque peu différente peut être décelée dans la jurisprudence communautaire. D'une part, la voie des recours directs paraît plus facilement accessible aux particuliers ; d'autre part, le renvoi préjudiciel rencontre des obstacles à sa recevabilité, jusqu'à récemment inédits.

- 319 -

LE DROIT AU JUGE

**I. – L'AVANCÉE DE LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE DES JUSTICIABLES :
LES RECOURS DIRECTS**

À la suite de la création du Tribunal de première instance(1) et de l'élargissement successif de ses compétences(2), les recours directs introduits par les particuliers à l'encontre des institutions communautaires sont portés devant le Tribunal de première instance. La Cour de justice devient, en cette matière, une juridiction de cassation devant laquelle un pourvoi sur les points de droit peut être formé(3). Les particuliers bénéficient ainsi d'un double degré de juridiction dont, jusqu'à la création du Tribunal de première instance, ils étaient privés.

Les principaux recours directs susceptibles d'être introduits par des particuliers devant le Tribunal de première instance sont le recours en annulation, le recours en carence et le recours en indemnité. Alors que les deux premiers visent la sanction de l'illégalité, respectivement par action et par omission, commise par les institutions communautaires, le troisième a pour objet la réparation d'un dommage causé aux particuliers du fait, notamment, de l'adoption, par une institution communautaire, d'une mesure illégale.

L'exercice de ces voies de droit doit permettre aux justiciables communautaires d'obtenir « une protection juridictionnelle complète et effective » (4).

A. – Recours en annulation

En ce qui concerne le recours en annulation, la Cour a reconnu que celui intenté par une personne privée en vertu de l'article 173 du Traité CE « est soumis à des conditions spécifiques plus restrictives que celles posées pour des recours de la même nature introduits devant les juridictions nationales » (5).

(1) Décision du Conseil du 24 octobre 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, *J.O.C.E.*, n° L 319, 25 novembre 1988, p. 1, et rectificatif publié au *J.O.C.E.*, n° L 241, 17 août 1989, p. 4, texte consolidé publié au *J.O.C.E.*, n° C 215, 21 août 1989, p. 1.

(2) Décision du Conseil du 8 juin 1993, *J.O.C.E.*, n° L 133, 16 juin 1993, p. 21, et décision du Conseil du 7 mars 1994, *J.O.C.E.*, n° L 66, 10 mars 1994, p. 29.

(3) Voy. J. RIDEAU et F. PICOD, « Le pourvoi sur les questions de droit », *R.M.C.*, 1995, p. 584 ; M. GROSS, « Le pourvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes », *A.J.D.A.*, 1995, p. 859.

(4) C.J.C.E., ordonnance du 29 janvier 1997, *Antonissen*, aff. C-393/96 P(R), *Rec.*, p. I-441, point 36.

(5) C.J.C.E., 28 octobre 1982, *Groupement des Agences de voyages, Asbl c. Commission*, aff. 135/81, *Rec.*, p. 3799, point 6.

LE DROIT AU JUGE

Elle a, certes, déclaré que « les dispositions du traité concernant le droit d'agir des justiciables ne sauraient être interprétées restrictivement » (6), mais cette affirmation avait trait à la notion d'« autre personne » visée à l'article 173, alinéa 2 (actuellement article 173, alinéa 4), et non pas à l'exigence d'être directement et individuellement concerné que doit satisfaire un requérant privé introduisant un recours en annulation à l'encontre d'une décision dont il n'est pas le destinataire ou contre une décision prise sous l'apparence d'un règlement.

Pourtant, c'est au regard de la condition que doit remplir une personne physique ou morale autre que le destinataire de l'acte attaqué, à savoir être directement et individuellement concerné par ce dernier, que le Tribunal a réitéré la position exprimée par la Cour selon laquelle « les dispositions du traité concernant le droit d'agir du justiciable ne sauraient être interprétées restrictivement » (7).

Il n'en demeure pas moins qu'alors qu'il appartient aux juridictions nationales d'assurer *une protection effective* des droits tirés par les particuliers des règles communautaires (8), la Cour a déclaré qu'une allégation, même fondée, relative aux lacunes et insuffisances d'un système judiciaire national ne permet, en aucun cas, de considérer comme recevable un recours en annulation formé par une personne physique ou morale qui ne satisfait pas aux conditions requises par l'article 173, alinéa 4, du traité (9).

De même, le fait que ce soit au juge national qu'il appartienne de formuler les questions à soumettre à la Cour à titre préjudiciel dans le cadre d'un renvoi en appréciation de validité « ne constitue pas un argument de nature à justifier une interprétation extensive des conditions de recevabilité prévues à l'article 173, alinéa 2, du traité » (10).

Le recours en annulation doit être dirigé contre un acte adopté par les institutions visées à l'article 173, alinéa 1^{er}, du Traité CE. Pour assurer le contrôle de la légalité dans l'ordre juridique communautaire, la Cour de justice considère comme susceptibles d'un recours en annulation

(6) C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plauman & Co c. Commission*, aff. 25/62, *Rec.*, p. 197, spéc. p. 222.

(7) Voy., p. ex., T.P.I., 6 juillet 1995, *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (AITEC) e.a. c. Commission*, aff. jtes T-447/93, T-448/93 et T-449/93, *Rec.*, p. II-1971, point 34 ; 11 juillet 1996, *Métropole Télévision SA e.a. c. Commission*, aff. jtes T-528/93, T-542/92, T-543/93 et T-546/93, *Rec.*, p. II-649, point 60.

(8) C.J.C.E., 9 juillet 1985, *Bozzetti*, aff. 179/84, *Rec.*, p. 2301, point 17 ; 18 janvier 1996, *SEIM*, aff. C-446/93, *Rec.*, p. I-73, point 32.

(9) C.J.C.E., ordonnance du 23 novembre 1995, *Asociación Española de Empresas de la Carne (Asocarne) c. Conseil*, aff. C-10/95 P, *Rec.*, p. I-4149, point 26.

(10) C.J.C.E., 21 mai 1985, *Union Deutsche Lebensmittelwerke GmbH e.a. c. Commission* (« *Beurre de Berlin* »), aff. 97/85, *Rec.*, p. 2265, point 12.

LE DROIT AU JUGE

toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit (11). Elle a, en effet, déclaré qu'« interpréter restrictivement les conditions de recevabilité du recours en limitant sa portée aux seules catégories d'actes visées par l'article 189 » serait contraire à sa mission, telle que définie à l'article 164 du Traité CE, qui est d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application de celui-ci (12).

Dans le cadre d'un recours introduit par une personne privée, physique ou morale, la Cour estime, en outre, que l'acte attaqué est un acte faisant grief produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée la situation juridique de celui-ci (13). Et le Tribunal de préciser que seul le dispositif d'un acte est susceptible de produire des effets juridiques et, par voie de conséquence, de faire grief (14).

La notion de *personne morale* figurant à l'article 173, alinéa 4, du Traité CE « ne coïncide pas nécessairement avec celles propres aux différents ordres juridiques des États membres » (15). Dès lors que la requérante a acquis la personnalité juridique en vertu du droit applicable à sa constitution au plus tard au moment où sa requête est déposée (16), ou qu'elle a été reconnue par les institutions communautaires comme leur interlocuteur (17), ou traitée par elles comme une

(11) C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, aff. 22/70, *Rec.*, p. 263, point 42 ; 9 octobre 1990, *France c. Commission*, aff. C-366/88, *Rec.*, p. I-3571, point 8 ; 13 novembre 1991, *France c. Commission*, aff. C-303/90, *Rec.*, p. I-5315, point 8 ; 16 juin 1993, *France c. Commission*, aff. C-325/91, *Rec.*, p. I-3282, point 9 ; 20 mars 1997, *France c. Commission*, aff. C-57/95, *Rec.*, p. I-1627, point 7.

(12) C.J.C.E., 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, aff. 22/70, *Rec.*, p. 263, point 41 ; 11 novembre 1981, *International Business Machines Corporation c. Commission*, aff. 60/81, *Rec.*, p. 2639, point 8.

(13) Voy., p. ex., C.J.C.E., 11 novembre 1981, *International Business Machines Corporation c. Commission*, aff. 60/81, *Rec.*, p. 2639, point 9.

(14) T.P.I., 17 septembre 1992, *Nederlandse Bankiersvereniging*, aff. T-138/89, *Rec.*, p. II-2181, point 31. Les appréciations formulées par la Commission dans les motifs de la décision attaquée ne sont pas susceptibles de faire, en tant que telles, l'objet d'un recours en annulation. Elles ne pourraient être soumises au contrôle de la légalité du juge communautaire que dans la mesure où, en tant que motif d'un acte faisant grief, elles constitueraient le support nécessaire de son dispositif. *Ibid.*

(15) C.J.C.E., 28 octobre 1982, *Groupement des Agences de voyages, Asbl c. Commission*, aff. 135/81, *Rec.*, p. 3799, point 10.

(16) C.J.C.E., 27 novembre 1984, *Bensider c. Commission*, aff. 50/84, *Rec.*, p. 3991, points 7-9 ; T.P.I., 11 juillet 1996, *Sinochem Heilongjiang c. Conseil*, aff. T-161/94, *Rec.*, p. II-695, points 31-35.

(17) C.J.C.E., 8 octobre 1974, *Union syndicale – Service public européen – Bruxelles, Denise Massa et Roswitha Kortner c. Conseil*, aff. 175/73, *Rec.*, p. 917, point 12 ; 8 octobre 1974, *Syndicat général du personnel des organismes européens c. Commission*, aff. 18/74, *Rec.*, p. 933, point 8 ; 28 octobre 1982, *Groupement des Agences de voyages, Asbl c. Commission*, aff. 135/81, *Rec.*, 1982, p. 3799, point 11.

LE DROIT AU JUGE

entité juridique indépendante (18), elle a la qualité de *personne morale* au sens de l'article 173 du Traité CE, même si, selon son droit interne, elle n'a pas la capacité d'ester en justice.

Avant d'aborder la question de l'existence d'un intérêt qualifié, tel qu'exigé par l'article 173, alinéa 4, du Traité CE relatif aux recours intentés par les particuliers, la Cour procède parfois à l'examen de l'intérêt à agir de la requérante (19). Par exemple, serait dépourvu d'un intérêt à agir en annulation *ratione materiae* un fabricant dont le produit n'est pas visé par l'acte en cause (20). De même, le recours introduit par une requérante qui serait concernée individuellement et directement par la mesure attaquée serait, néanmoins, déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt dès lors que celle-ci ne lui est pas applicable *ratione temporis* (21).

L'intérêt dont doit justifier la requérante à l'annulation de l'acte doit être *né et actuel* (22). Lorsqu'au cours de l'instance, la décision faisant l'objet du recours a été modifiée et que cette modification équivaut à une annulation, la Cour décide qu'il n'y a pas lieu de statuer puisque « la requérante a obtenu le seul résultat que son recours ait pu lui procurer » (23).

En revanche, l'abrogation de la décision litigieuse, intervenue même avant l'introduction du recours, ne saurait priver la requérante de son intérêt, puisqu'une telle abrogation n'implique pas une reconnaissance de l'illégalité de ladite décision et ne conduit pas à considérer cette dernière comme nulle et non avenue au sens de l'article 174 du traité. En cas d'annulation, l'institution dont émane la décision est tenue de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt et, notamment, celles anéantissant les effets des illégalités constatées dans l'arrêt prononçant l'annulation de la décision. Il en résulte que l'argument tenant à l'irrecevabilité du recours pour défaut d'intérêt doit, dans ces circonstances, être écarté (24).

(18) T.P.I., 11 juillet 1996, *Sinochem Heilongjiang c. Conseil*, aff. T-161/94, *Rec.*, p. II-695, points 31 et 34.

(19) Voy., p. ex., C.J.C.E., 19 octobre 1982, *SA Roquette Frères c. Conseil*, aff. 179/80, *Rec.*, p. 3623, point 8 ; T.P.I., 9 novembre 1994, *The Scottish Football Association*, aff. T-46/92, *Rec.*, p. II-1039, points 13 et 14 ; T.P.I., 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills*, aff. jtes T-480/93 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305, point 59.

(20) T.P.I., 30 janvier 1997, *Corman*, aff. T-117/95, *Rec.*, p. I-95.

(21) C.J.C.E., 31 mars 1977, *Société pour l'exportation des sucres SA c. Commission*, aff. 88/76, *Rec.*, p. 709.

(22) T.P.I., 17 septembre 1992, *Nederlandse Bankiersvereniging*, aff. T-138/89, *Rec.*, p. II-2181, points 33 et 34 ; T.P.I., 12 décembre 1996, *Groupement d'achat Édouard Leclerc c. Commission*, aff. T-19/92, *Rec.*, p. II-1851, point 64.

(23) C.J.C.E., ordonnance du 8 mars 1993, *Lezzi Pietro & C. Srl c. Commission*, aff. C-123/92, *Rec.*, p. I-810, points 8-10.

(24) T.P.I., 13 décembre 1995, *Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens e.a. c. Commission*, aff. jtes T-481/93 et T-484/93, *Rec.*, p. II-2941, points 46-48.

LE DROIT AU JUGE

Le recours en annulation, dont le régime restrictif a été reconnu par la Cour (25), est ouvert, au titre de l'article 173, alinéa 4, à toute personne physique ou morale, destinataire d'une décision communautaire ou qui, sans en être le destinataire, justifie d'un intérêt individuel et direct. Dans cette dernière hypothèse, il peut s'agir d'une décision adressée à une personne autre que la requérante, ou d'une décision prise sous l'apparence d'un règlement. Ainsi que la Cour l'a expliqué, « [l']objectif de cette disposition est notamment d'éviter que, par le simple choix de la forme d'un règlement, les institutions communautaires puissent exclure le recours d'un particulier à l'encontre d'une décision qui le concerne directement et individuellement » (26) et « de préciser ainsi que le choix de la forme ne peut pas changer la nature d'un acte » (27). Il importe, en effet, d'assurer une protection juridique non seulement au destinataire de l'acte litigieux, mais aussi à ceux qui en sont concernés d'une manière analogue à celle du destinataire (28).

Il ressort de cette disposition qu'un véritable règlement communautaire ne saurait faire l'objet d'un recours en annulation par un requérant privé. La nature législative du règlement, sa portée à la fois normative et générale l'exclut de la catégorie d'actes dont la légalité pourrait être contestée dans le cadre d'un recours direct en annulation introduit par une personne privée. Ainsi, la Cour a déclaré, à propos d'une disposition contenue dans un règlement communautaire, que celle-ci « s'adresse, en des termes abstraits et généraux, à des catégories de personnes indéterminées et s'applique à des situations déterminées objectivement... selon sa finalité, le règlement entrepris ne vise pas spécifiquement les requérantes, mais ne concerne celles-ci qu'en leur qualité objective d'organisations de producteurs dans le secteur en cause, au même titre que tout autre opérateur économique se trouvant, actuellement ou potentiellement, dans une situation identique » (29). Dès lors, la disposition attaquée ne saurait concerner les requérantes individuellement au sens de l'article 173 du Traité CE.

(25) C.J.C.E., 14 décembre 1962, *Confédération nationale de producteurs de fruits et légumes e.a. c. Conseil*, aff. jtes 16 et 17/62, *Rec.*, p. 901, spéc. p. 917, point 1.

(26) C.J.C.E., 20 novembre 1979, *KG in Firma Hans-Otto Wagner GmbH Agrarhandel*, aff. 162/78, *Rec.*, p. 3467, point 16.

(27) C.J.C.E., 17 juin 1980, *Calpak SpA et Societa Emiliana Lavorazione Frutta SpA c. Commission*, aff. jtes 789 et 790/79, *Rec.*, p. 1949, point 7 ; ordonnance du 20 mai 1987, *Champlor SA e.a. c. Commission*, aff. jtes 233 à 235/86, *Rec.*, p. 2251, point 6.

(28) C.J.C.E., 11 juillet 1984, *Commune de Differdange e.a. c. Commission*, aff. 222/83, *Rec.*, p. 2889, point 9.

(29) C.J.C.E., 15 juin 1993, *Abertal SAT Ltda e.a. c. Conseil*, aff. C-264/91, *Rec.*, p. I-3265, points 19 et 20.

LE DROIT AU JUGE

De même, bien qu'une directive communautaire soit adressée à un ou plusieurs États membres, elle peut constituer, de par sa nature, une mesure de portée normative générale, ce qui la rendrait insusceptible de recours individuel en annulation. Tel est le cas lorsque les règles qu'elle contient « sont énoncées de manière générale et s'appliquent, par le biais des législations nationales adoptées par les États membres en vue de s'y conformer, à des situations déterminées objectivement et comportent des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite » (30).

Des décisions adressées aux États membres peuvent également avoir une portée normative lorsqu'elles s'appliquent à la généralité des opérateurs économiques intéressés en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par ces décisions en relation avec leur finalité (31). Une décision adressée à plusieurs États membres peut se présenter « comme une mesure de portée générale qui s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite » (32).

Cependant, un requérant privé est en droit d'exciper de l'illégalité d'un règlement, en vertu de l'article 184 du traité, par la voie de l'exception, dans le cadre d'un recours contre une décision susceptible d'être déferée à la juridiction communautaire par un tel requérant. L'acte contre lequel une telle exception d'illégalité peut être dirigée est, selon la jurisprudence de la Cour de justice, tout acte de portée générale susceptible de produire des effets analogues à ceux d'un règlement (33). Puisque certaines directives et décisions communautaires s'apparentent, compte tenu de leur portée et de leurs effets, à un règlement, l'exception d'illégalité pourrait être également soulevée à leur encontre.

L'exception d'illégalité constitue, selon la Cour, « l'expression d'un principe général assurant à toute partie le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs,

(30) C.J.C.E., ordonnance du 13 juillet 1988, *Fédération européenne de la santé animale e.a. c. Conseil et Commission*, aff. 160/88 R, *Rec.*, p. 4121, point 28 ; voy., également, 29 juin 1993, *Government of Gibraltar c. Conseil*, aff. C-298/89, *Rec.*, p. I-3605 ; T.P.I., ordonnance du 20 octobre 1994, *Asocarne c. Conseil*, aff. T-99/94, *Rec.*, p. II-871, et le rejet du pourvoi par ordonnance de la Cour du 23 novembre 1995, aff. C-10/95 P, *Rec.*, p. I-4151.

(31) T.P.I., 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills NV e.a. c. Commission*, aff. jtes T-480/93 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305, point 65.

(32) T.P.I., ordonnance du 21 février 1995, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo e.a. c. Commission*, aff. T-117/94, *Rec.*, p. II-455, point 24.

(33) C.J.C.E., 6 mars 1979, *Simmmenthal*, aff. 92/78, *Rec.*, p. 777, point 40.

LE DROIT AU JUGE

constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d'introduire, en vertu de l'article 173 du traité, un recours direct contre ces actes, dont elle subit ainsi les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation » (34).

L'interprétation large de l'article 184 du traité serait justifiée, selon la Cour, par la nécessité d'assurer un contrôle de la légalité en faveur des justiciables dépourvus de la capacité d'introduire un recours en annulation contre un acte de portée générale au moment de l'application de ce dernier (35).

Cependant, l'article 184 du traité ne constitue pas une voie de droit autonome. Le droit des justiciables d'invoquer l'inapplicabilité d'un acte communautaire de portée générale à l'occasion d'un recours introduit devant la juridiction communautaire ne peut s'exercer que d'une manière incidente (36). Dès lors que le recours principal est déclaré irrecevable, l'exception d'illégalité soulevée à l'occasion du recours est nécessairement écartée (37).

En application de cette jurisprudence, le Tribunal a déclaré irrecevable une exception d'illégalité dirigée à l'encontre d'une décision de la Commission, que la requérante avait omise d'attaquer en annulation dans le délai prévu à l'article 173 du traité (38). Compte tenu des répercussions regrettables découlant de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle un renvoi préjudiciel en appréciation de validité est irrecevable lorsque la partie intéressée n'a pas saisi la juridiction communautaire d'un recours en annulation contre l'acte contesté (39),

(34) *Ibid.*, point 39. Voy., également, C.J.C.E., 19 janvier 1984, *Kirsten Andersen e.a. c. Parlement*, aff. 262/80, *Rec.*, p. 195, point 6.

(35) C.J.C.E., 6 mars 1979, *Simmenthal*, aff. 92/78, *Rec.*, p. 777, point 41. Le Tribunal a rappelé que « l'article 184 du traité, qui a pour but de protéger le justiciable contre l'application d'un règlement illégal, n'opère aucune distinction entre les actes arrêtant une réglementation provisoire ou définitive. Il s'ensuit que la possibilité de soulever l'exception prévue à l'article 184 ne saurait être limitée aux seuls actes comportant une réglementation définitive », T.P.I., 27 octobre 1994, *Bernard Chavane de Dalmassy e.a. c. Commission*, aff. T-64/92, *Rec. FP*, p. II-723, point 43.

(36) Voy., p. ex., C.J.C.E., 16 juillet 1981, *Renato Albini c. Conseil et Commission*, aff. 33/80, *Rec.*, p. 2141, point 17 ; 7 juillet 1987, *L'Étoile commerciale et Comptoir national technique agricole (CNTA) c. Commission*, aff. jtes 89 et 91/86, *Rec.*, p. 3005, point 22 ; ordonnance du 28 juin 1993, *Donatab Srl e.a. c. Commission*, aff. C-64/93, *Rec.*, p. I-3595, point 19.

(37) C.J.C.E., 16 juillet 1981, *Renato Albini*, aff. 33/80, *Rec.*, p. 2141, point 17 ; 7 juillet 1987, *L'Étoile commerciale et Comptoir national technique agricole (CNTA) c. Commission*, aff. jtes 89 et 91/86, *Rec.*, p. 3005, point 22 ; ordonnance du 28 juin 1993, *Donatab Srl e.a. c. Commission*, aff. C-64/93, *Rec.*, p. I-3595, point 20 ; T.P.I., 22 octobre 1996, *Comité des salines de France*, aff. T-154/94, *Rec.*, p. II-1377.

(38) T.P.I., 13 septembre 1995, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Commission*, aff. jtes T-244/93 et T-486/93, *Rec.*, p. II-2265, point 103.

(39) C.J.C.E., 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, aff. C-188/92, *Rec.*, 1994, p. I-833 ; 30 janvier 1997, *Wiljo*, aff. C-178/95, *Rec.*, p. I-585.

LE DROIT AU JUGE

il aurait été préférable de rejeter en l'espèce l'exception d'illégalité au motif qu'elle était invoquée à l'encontre d'une décision individuelle, et non pas d'une mesure de portée générale (40).

La principale haie qu'un particulier doit franchir pour établir la recevabilité d'un recours en annulation contre une décision dont il n'est pas destinataire est l'exigence d'être individuellement concerné par l'acte en cause. Dès 1963, la Cour a considéré que « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que s'ils sont atteints 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 du destinataire » (41). Cette exigence paraît douée d'immutabilité.

Pendant longtemps, le caractère normatif et la portée générale du règlement communautaire, son applicabilité à des personnes envisagées d'une manière abstraite, et à des situations objectivement déterminées, étaient considérés comme antinomiques avec la notion même d'intérêt individuel que doit établir un requérant privé dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre un acte dont il n'est pas le destinataire. Dès l'origine de sa jurisprudence en la matière, la Cour a, en effet, considéré qu'une disposition susceptible de concerner individuellement une personne physique ou morale ne saurait avoir un caractère réglementaire (42). Son recours ne pouvait être déclaré recevable que si le règlement attaqué n'était qu'une décision déguisée ou constituait un faisceau de décisions individuelles (43).

Il était de jurisprudence constante qu'un véritable règlement « s'applique à des situations déterminées objectivement et qu'il produit des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière abstraite. Il a donc une portée générale au sens de l'article 189, alinéa 2, du traité et ne saurait concerner les requérantes individuellement au sens de l'article 173, alinéa 2, du traité » (44).

(40) Dans ce sens, G. VANDERSANDEN, « Examen de jurisprudence : contentieux communautaire », *J.T.-dr. eur.*, 1996, p. 169, spéc. p. 175, point 23.

(41) C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plauman & Co c. Commission*, aff. 25/62, *Rec.*, p. 197, spéc. p. 223.

(42) C.J.C.E., 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a. c. Conseil*, aff. jtes 16 et 17/62, *Rec.*, p. 901, spéc. p. 918, point 2.

(43) Voy., p. ex., C.J.C.E., 13 mai 1971, *NV International Fruit Company e.a. c. Commission*, aff. jtes 41-44/70, *Rec.*, p. 411, point 21 ; T.P.L., 11 décembre 1996, *Comafrika SpA e.a. c. Commission*, aff. T-70/94, *Rec.*, p. I-1741, points 40 et 41.

(44) C.J.C.E., 21 novembre 1989, *Usines coopératives de déshydratation du Vexin e.a. c. Commission*, aff. C-244/88, *Rec.*, p. 3811, point 13.

LE DROIT AU JUGE

Il a été, par ailleurs, précisé que « la nature réglementaire d'un acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer avec plus ou moins de précision le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte, en relation avec la finalité de ce dernier » (45).

De même n'est pas individuellement concernée par une décision adressée par la Commission à plusieurs États membres la seule entreprise affectée par celle-ci, car ladite décision la concerne « en raison de sa seule qualité objective d'importatrice des produits visés, au même titre que tout autre opérateur économique se trouvant, actuellement ou potentiellement, dans une situation identique ». Cette décision se présente « à l'égard des importateurs de tels produits, comme une mesure de portée générale qui s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite » (46).

La conception, très restrictive, adoptée par la Cour par rapport à l'exigence d'être *individuellement concerné* par une décision prise sous l'apparence d'un règlement ou adressée à une personne autre que la requérante, consistait en la connaissance et la prise en considération, par l'institution communautaire, du nombre et de l'identité des personnes intéressées qui étaient spécifiquement, en raison d'une situation de fait particulière ou des qualités qui leur sont propres (et non pas pour des considérations objectives), affectées par la mesure prise (47). C'est dans de telles circonstances que la Cour a reconnu qu'une entreprise était individuellement concernée par une disposition qui, bien que contenue dans un règlement, « vise un nombre déterminé d'opérateurs identifiés en raison d'un comportement individuel qu'ils ont eu ou sont censés avoir eu au cours d'une période délimitée » (48). Dans une autre affaire, la Cour rejette la prétention de la requérante d'être individuellement concernée par un règlement communautaire au motif, entre autres, que ce dernier « ne comporte aucun élément concret permettant

(45) C.J.C.E., 11 juillet 1968, *Zuckerfabrik Watenstedt GmbH c. Conseil*, aff. 6/68, *Rec.*, p. 595, spéc. pp. 605-606 ; 24 février 1987, *Deutz und Geldermann c. Conseil*, aff. 26/86, *Rec.*, p. 941, point 8 ; 24 novembre 1992, *Buckl c. Commission*, aff. jtes C-15/91 et C-108/91, *Rec.*, p. I-6061, point 25 ; T.P.I., 7 novembre 1996, *Roquette Frères c. Conseil*, aff. T-298/94, *Rec.*, p. II-1531, point 42.

(46) C.J.C.E., 14 juillet 1983, *Spijker Kwasten BV c. Commission*, aff. 231/82, *Rec.*, p. 2559, point 9.

(47) Voy. l'ordonnance du Tribunal du 3 juin 1997, *Merck*, aff. T-60/96, *Rec.*, p. II-849, point 58.

(48) C.J.C.E., 18 novembre 1975, *Société CAM SA c. Commission*, aff. 100/74, *Rec.*, p. 1393, points 18-19.

LE DROIT AU JUGE

de conclure que les mesures en cause auraient été prises spécifiquement en tenant compte des plans des requérantes » (49).

Dans le cas d'une décision adressée par la Commission à un État membre et comportant un effet rétroactif, la Cour a constaté que le nombre et l'individualité des personnes concernées par ladite décision étaient *déterminés et vérifiables* avant son adoption et que « la Commission était en mesure de savoir que sa décision affecterait exclusivement les intérêts et la position desdits importateurs ». Pour ces raisons, a-t-elle conclu, « la situation de fait, ainsi créée, caractérise ceux-ci, dont les requérantes, par rapport à toute autre personne et les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire » (50).

La jurisprudence la plus récente semble avoir évolué à cet égard.

De l'arrêt *Codorniu* (51), il ressort qu'une disposition réglementaire qui, par sa nature et sa portée, a un caractère normatif en ce qu'elle s'applique à la généralité des opérateurs économiques intéressés, peut, néanmoins, concerner individuellement certains d'entre eux (52). Après avoir rappelé que l'article 173 du traité « subordonne l'introduction d'un recours en annulation d'un règlement par une personne physique ou morale à la condition que les dispositions du règlement visées par le recours soient, en réalité, une décision la concernant directement et individuellement » (53), la Cour a déclaré que, « [s]'il est vrai qu'au regard des critères de l'article 173 deuxième alinéa du traité, la disposition litigieuse a, par sa nature et sa portée, un caractère normatif en ce qu'elle s'applique à la généralité des opérateurs économiques intéressés, il n'est pas exclu pour autant qu'elle puisse concerner individuellement certains d'entre eux » (54). Si, dans cette affaire, la requérante s'était vue considérer comme étant individuellement concernée par ladite disposition, c'est qu'elle avait pu établir l'existence d'une situation qui la caractérisait, au regard de cette disposition, par rapport à tout autre opérateur économique (55). En d'autres termes, ainsi que le Tribunal l'a postérieurement expliqué, la reconnaissance de l'existence de l'intérêt individuel de la requérante dans la disposition réglementaire en cause

(49) C.J.C.E., 15 juin 1993, *Abertal SAT Ltda e.a. c. Conseil*, aff. C-264/91, *Rec.*, p. I-3265, point 25.

(50) C.J.C.E., 1^{er} juillet 1965, *Alfred Toepfer et Getreide-Import Gesellschaft c. Commission*, aff. jtes 106 et 107/63, *Rec.*, p. 525, spéc. p. 533 ; 23 novembre 1971, *Werner A. Bock c. Commission*, aff. 62/70, *Rec.*, p. 897, point 10.

(51) C.J.C.E., 18 mai 1994, *Codorniu SA c. Conseil*, aff. C-309/89, *Rec.*, p. I-1853.

(52) *Ibid.*, point 19.

(53) *Ibid.*, point 17.

(54) *Ibid.*, point 19.

(55) En l'espèce, cette circonstance consistait en l'utilisation, de longue date, d'une marque graphique dont la disposition litigieuse lui interdisait l'utilisation.

LE DROIT AU JUGE

dans l'affaire *Codorniu* est due au fait que cette disposition a affecté des *droits spécifiques* de la requérante (56). La Cour a confirmé cette analyse (57).

Ainsi, par exemple, si les requérants dans l'affaire *Weber* (58) n'ont pas été reconnus comme individuellement concernés par un règlement « indistinctement applicable à tous les producteurs... abstraction faite de la situation spécifique de certains producteurs » (59), c'est précisément parce que « leur situation juridique n'était pas différente de celle de tous les autres producteurs communautaires visés par ledit règlement » (60) et qu'ils n'ont pas pu établir qu'ils étaient « lésés dans des droits spécifiques dans une mesure telle qu'ils doivent être considérés comme individuellement concernés » (61). De même, dans l'affaire *Terres Rouges Consultant*, le Tribunal a rejeté la prétention des requérantes d'être considérées comme individuellement concernées par un règlement au motif que ce dernier « ne vise, ni affecte spécifiquement leur situation » (62). Il est constant que le seul fait pour un opérateur économique d'appartenir, au moment où l'acte a été adopté, à un cercle fermé d'opérateurs auquel personne ne pouvait s'ajouter ne suffit pas en soi pour individualiser cet opérateur au sens de l'article 173 du traité (63).

Pourtant, il semblerait que le Tribunal considère que, dès lors qu'une personne privée est individuellement concernée par un règlement, ce dernier perd sa qualité réglementaire et revêt celle d'une décision. Dans l'arrêt *Antillean Rice Mills*, le Tribunal a, en effet, déclaré que « [l]a constatation dans le cadre d'un recours en annulation qu'un requérant est individuellement concerné par l'acte reproché [implique] que ledit acte constitue à cet égard une décision pour le requérant en cause » (64).

(56) T.P.I., ordonnance du 20 octobre 1994, *Asocarne*, aff. T-99/94, *Rec.*, p. II-871, point 20.

(57) C.J.C.E., ordonnance du 23 novembre 1995, *Asociación Española de Empresas de la Carne (Asocarne) c. Conseil*, aff. C-10/95 P, *Rec.*, p. I-4149, point 43.

(58) T.P.I., 10 juillet 1996, *Martin Weber e.a. c. Commission*, aff. T-482/93, *Rec.*, p. II-609.

(59) *Ibid.*, point 66.

(60) *Ibid.*, point 69.

(61) *Ibid.*

(62) T.P.I., 9 avril 1997, *Terres Rouges Consultant*, aff. T-47/95, *Rec.*, p. II-481, point 55.

(63) T.P.I., 7 novembre 1996, *Roquette Frères c. Conseil*, aff. T-298/94, *Rec.*, p. II-1531, point 41.

(64) T.P.I., 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills NV e.a. c. Commission*, aff. jtes T-480/93 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305, point 183. Toutefois, dans le même arrêt, se référant à l'arrêt *Codorniu*, le Tribunal considère que, « dans le cadre d'un recours en annulation, il est de jurisprudence déjà bien établie de la Cour qu'un acte qui, par sa nature et sa portée, a un caractère normatif, en ce qu'il s'applique à la généralité des opérateurs économiques intéressés, peut concerner individuellement certains d'entre eux », *ibid.*, point 185. Pourtant, dans l'arrêt *Unifruit Hellas EPE c. Commission* (T.P.I., 15 décembre 1994, aff. T-489/93, *Rec.*, p. II-1205), le Tribunal estime que, selon une jurisprudence constante, la recevabilité d'un recours en annulation formé par un

LE DROIT AU JUGE

De même, rappelant que, selon la jurisprudence, un acte normatif peut concerner individuellement certains opérateurs économiques, le Tribunal a déclaré que, « [d]ans une telle hypothèse, un acte communautaire pourrait alors à la fois revêtir un caractère normatif et, à l'égard de certains opérateurs économiques intéressés, un caractère décisionnel » (65).

Il convient de noter, cependant, que dans l'arrêt *Sofrimport*, la Cour a reconnu que la requérante était individuellement concernée par le règlement litigieux, sans pour autant qualifier ce dernier de décision (66). Doit-on admettre, comme le fait le Tribunal, que cette reconnaissance signifie qu'aux fins du recours en annulation, le règlement en cause était considéré comme une décision et qu'il a maintenu en même temps sa qualité d'acte normatif dans le cadre du recours en indemnité (67) ?

Lorsqu'une directive constitue une mesure de portée générale, puisque les règles qu'elle contient sont énoncées de manière générale et s'appliquent à des situations déterminées objectivement et comportent des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite, elle revêt un caractère normatif qui la met à l'abri d'un recours en annulation introduit par une personne privée (68). Si la requérante, dans l'affaire *Asocarne* n'était pas

particulier est subordonnée « à la condition que l'acte attaqué, même s'il a été pris sous l'apparence d'un règlement, constitue, en réalité, une décision qui concerne le requérant directement et individuellement », *ibid.*, point 20, et reconnaît cependant que « des opérateurs puissent être considérés comme individuellement concernés par un acte de portée générale adopté par une institution communautaire », *ibid.*, point 21.

(65) T.P.I., 13 décembre 1995, *Vereniging Van Exporteurs in Levende Varkens e.a. c. Commission*, aff. jtes T-481/93 et T-484/93, *Rec.*, p. II-2941, point 50. Voy., également, T.P.I., 9 avril 1997, *Terres Rouges Consultant*, aff. T-47/95, *Rec.*, p. II-481, point 43, et T.P.I., 3 juin 1997, *Merck*, aff. T-60/96, *Rec.*, p. II-849, point 40. F. SCHOCKWEILER considère que le Tribunal n'a tiré aucune conséquence de l'ouverture que pouvait réaliser l'arrêt *Codorniu*. Voy., son article, « L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire », *J.T.-dr. eur.*, 1996, p. 1, spéc. p. 7.

(66) C.J.C.E., 26 juin 1990, *Sofrimport SARL c. Commission*, aff. C-152/88, *Rec.*, p. I 2477, points 10-13.

(67) T.P.I., 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills NV e.a. c. Commission*, aff. jtes T-480/93 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305, point 183.

(68) C.J.C.E., ordonnance du 13 juillet 1988, *Fédération européenne de la santé animale e.a. c. Conseil*, aff. 160/88 R, *Rec.*, p. 4121, point 28 ; voy., également, 29 juin 1993, *Government of Gibraltar c. Conseil*, aff. C-298/89, *Rec.*, p. I-3605, dans laquelle la portée générale de la directive attaquée a exclu, par elle-même, la recevabilité du recours en annulation dirigé contre elle. Dans l'affaire *GUNA c. Conseil* (T.P.I., ordonnance du 29 octobre 1993, aff. T-463/93, *Rec.*, p. II-1205), le Tribunal n'a pas abordé la question de savoir dans quelle mesure une personne privée était habilitée à introduire un recours en annulation contre une directive et a considéré le recours comme manifestement irrecevable, en raison, notamment, du fait que la requérante n'était concernée par la directive litigieuse qu'en sa qualité objective de fabricant et d'importateur de médicaments homéopathiques, au même titre que tout autre opérateur économique se trouvant dans une situation identique, ce qui excluait son intérêt individuel. *Ibid.*, point 17.

LE DROIT AU JUGE

individuellement concernée par la directive litigieuse, dont la portée générale et le caractère normatif ont été reconnus par le Tribunal et par la Cour, c'est notamment parce qu'aucun droit spécifique de la requérante n'avait été affecté par ladite directive (69).

Une décision de portée normative qui s'applique à la généralité des opérateurs économiques intéressés peut concerner individuellement certains d'entre eux. Tel serait, notamment, le cas lorsqu'une entreprise appartient « à un cercle restreint d'opérateurs économiques atteints dans leur position juridique en raison d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et les individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire » (70), qu'elle était identifiée ou identifiable par l'auteur de la décision avant l'adoption de celle-ci (71) et lorsque les répercussions négatives de cette décision pour cette entreprise auraient dû être prises en considération (72).

De la jurisprudence actuelle, il résulte que la portée générale et le caractère normatif d'un règlement, d'une directive ou d'une décision communautaires ne signifient plus qu'un particulier ne saurait être considéré comme individuellement concerné par une telle mesure. Il arrive même au Tribunal d'accueillir un recours en annulation formé par une personne privée à l'encontre d'un règlement communautaire sans que la question de la recevabilité soit abordée (73).

À la lumière des arrêts les plus récents, on peut soutenir que, pour être individuellement concerné par une mesure normative de portée générale ou par une décision adressée à une personne autre que la requérante, il faut non seulement que cette dernière appartienne à un cercle restreint et fermé de personnes identifiées ou identifiables au moment de l'adoption de l'acte attaqué, mais aussi que l'institution auteur de ce dernier ait eu l'obligation, « en vertu de dispositions spécifiques, de tenir compte des conséquences de l'acte qu'elle envisage d'adopter sur la situation de certains particuliers » (74) ou de la

(69) T.P.I., ordonnance du 20 octobre 1994, *Asociación Española de Empresas de la Carne (Asocarne) c. Conseil*, aff. T-99/94, *Rec.*, p. II-871, point 20 ; ordonnance du 23 novembre 1995, *Asociación Española de Empresas de la Carne (Asocarne) c. Conseil*, aff. C-10/95 P, *Rec.*, p. I-4149, point 43.

(70) T.P.I., 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills NV e.a. c. Commission*, aff. jtes T-480/93 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305, point 73.

(71) *Ibid.*, point 76.

(72) *Ibid.*, point 70.

(73) Voy. T.P.I., 22 janvier 1997, *Opel Austria GmbH c. Conseil*, aff. T-115/94, *Rec.*, p. II-39 ; T.P.I., 9 juillet 1997, *Hedley Lomas e.a. c. Commission*, aff. T-455/93, *Rec.*, p. II-1095.

(74) T.P.I., 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills NV e.a. c. Commission*, aff. jtes T-480/93 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305, point 67.

LE DROIT AU JUGE

situation particulière de certains produits(75). Pour être individuellement concernée, la requérante doit être atteinte en ses *droits spécifiques*.

Ce sont ces considérations qui, selon le Tribunal, expliquent la décision de la Cour dans l'affaire *Sofrimport* dans laquelle elle a reconnu que la requérante était individuellement concernée par le règlement de la Commission(76) et dans l'affaire *Piraiki-Patraiki* dans laquelle a été établi l'intérêt individuel de la requérante dans une décision adressée par la Commission à une autre personne(77).

La participation de l'entreprise requérante dans la procédure administrative ayant abouti à l'adoption de la décision litigieuse dont elle n'est pas destinataire a été considérée, pendant quelques années, comme une condition *sine qua non* pour reconnaître son intérêt individuel(78). Le Tribunal a récemment adopté une position plus favorable aux requérantes en déclarant que d'autres *circonstances spécifiques* sont susceptibles d'individualiser la requérante d'une manière analogue à celle du destinataire comme exigé par l'article 173 du traité(79).

La Cour a très tôt considéré, en cas d'une décision adressée à une personne autre que la requérante, que « la seule circonstance qu'un acte est susceptible d'exercer une influence sur les rapports de concurrence existant dans le marché dont s'agit, ne saurait suffire pour que tout opérateur économique se trouvant dans une quelconque relation de concurrence avec le destinataire de l'acte puisse être considéré comme directement ou individuellement concerné par ce dernier : que seule l'existence de circonstances spécifiques pourrait habiliter un justiciable, prétendant que l'acte se répercute sur sa position dans le marché, de se prévaloir de l'article 173 »(80). Le Tribunal a, néanmoins, admis que la réunion d'un ensemble d'éléments ayant trait au nombre limité

(75) T.P.I., 15 décembre 1994. *Unifruit Hellas EPE c. Commission*, aff. T-489/93, *Rec.*, p. II-1201, point 25.

(76) C.J.C.E., 26 juin 1990, *Sofrimport SARL c. Commission*, aff. C-152/88, *Rec.*, p. I 2477, points 11-13. La Cour a, en effet, souligné que la Commission était tenue de tenir compte de la situation particulière des produits en cause et a retenu le fait que les importateurs, tels que la requérante, s'étaient vu conférer une protection spécifique, *ibid.*, points 11 et 12.

(77) C.J.C.E., 17 janvier 1985, *SA Piraiki-Patraiki e.a. c. Commission*, aff. 11/82, *Rec.*, p. 207, points 21, 28 et 31.

(78) C.J.C.E., 28 janvier 1986, *Compagnie française de l'azote (Cofaz) SA e.a. c. Commission*, aff. 169/84, *Rec.*, p. 391, points 24-26.

(79) T.P.I., 27 avril 1995, *Association of Sorbitol Producers within the EC (ASPEC) e.a. c. Commission*, aff. T-435/93, *Rec.*, p. II-1281, point 64 ; T.P.I., 27 avril 1995, *Association des amidonneries de céréales de la CEE (AAC) e.a. c. Commission*, aff. T-442/93, *Rec.*, p. II-1329, point 49.

(80) C.J.C.E., 10 décembre 1969, *Societa « Eridania » Zuccherifici Nazionali e.a. c. Commission*, aff. jtes 10/68 et 18/68, *Rec.*, p. 459, point 7.

LE DROIT AU JUGE

des opérateurs économiques affectés ainsi qu'à l'incidence de la décision attaquée sur le marché concerné, pourrait, dans certaines circonstances, individualiser ces derniers et les assimiler au destinataire de la décision (81).

Un arrêt récent du Tribunal vient d'infléchir cette jurisprudence. Le Tribunal reconnaît, en effet, que les requérantes étaient en *concurrency directe* et se trouvaient dans une *situation concurrentielle particulière* avec le bénéficiaire de la décision litigieuse et que leurs positions sur le marché pourraient être *substantiellement affectées* par cette dernière. Leur intérêt individuel a été, par conséquent, établi (82).

La méconnaissance par l'institution communautaire d'une éventuelle obligation juridiquement contraignante de tenir compte de la situation particulière de certaines personnes ou de les consulter avant l'adoption de sa décision serait également une circonstance de nature à reconnaître l'intérêt individuel de ces dernières dans la décision ainsi adoptée (83).

Pour être directement concernée par un règlement ou par un acte adressé à une personne autre que la requérante, celle-ci doit démontrer qu'aucune mesure adoptée dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne s'interpose entre elle et l'acte attaqué. L'existence d'une marge d'appréciation dans le chef de l'autorité, communautaire ou nationale, pour la mise en œuvre de l'acte litigieux rompt le lien direct entre ce dernier et la requérante (84).

Depuis quelques années, la jurisprudence de la Cour et du Tribunal a quelque peu assoupli cette exigence. Dès lors que l'adoption de la mesure prise en exécution de l'acte communautaire en cause ne fait l'objet

(81) T.P.I., 27 avril 1995, *Association of Sorbitol Producers within the EC (ASPEC) e.a. c. Commission*, aff. T-435/93, *Rec.*, p. II-1281, point 70. Voy., également, T.P.I., 27 avril 1995, *Association des amidonneries de céréales de la CEE (AAC) e.a. c. Commission*, aff. T-442/93, *Rec.*, p. II-1329, point 53.

(82) T.P.I., 22 octobre 1996, *Foreningen af Jernskibs- og Maskinbyggerier i Danmark, Skibsværftsforeningen e.a. c. Commission*, aff. T-266/94, *Rec.*, p. II-1399, points 46-48.

(83) T.P.I., ordonnance du 21 février 1995, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo e.a. c. Commission*, aff. T-117/94, *Rec.*, p. II-457, et l'arrêt de la Cour rendu sur pourvoi, du 12 décembre 1996, aff. C-142/95 P, *Rec.*, p. II-6669.

(84) Voy., p. ex., C.J.C.E., 13 mai 1971, *International Fruit Company e.a. c. Commission*, aff. jtes 41-44/70, *Rec.*, p. 411 : « que l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement n° 459/70... laisse clairement apparaître que les autorités nationales ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation quant à la délivrance des titres (d'importation) et aux conditions auxquelles il est donné suite aux demandes des intéressés », *ibid.*, point 25 ; T.P.I., 14 septembre 1995, *Antillean Rice Mills NV e.a. c. Commission*, aff. jtes T-480/93 et T-483/93, *Rec.*, p. II-2305, point 63 ; T.P.I., 11 décembre 1996, *Comafrika SpA c. Commission*, aff. T-70/94, *Rec.*, p. II-1741, point 42 : « Le Tribunal note également que la Commission n'a pas contesté l'affirmation des requérantes qu'elles sont en outre directement concernées par le règlement n° 3190/93, parce que celui-ci ne laisse aux États membres aucune marge d'appréciation en ce qui concerne la délivrance des certificats d'importation ».

LE DROIT AU JUGE

d'aucun doute, la requérante pourrait être considérée comme directement concernée par ce dernier (85). Dans un cas où un ensemble de facteurs démontre la volonté ou la *ferme intention* (86) de l'État destinataire de la décision de donner application à cette dernière, de sorte que la possibilité de ne pas le faire était *purement théorique*, l'intérêt direct de la requérante ne saurait être contesté (87). Rappelant la jurisprudence en la matière, le Tribunal a souligné que, « lorsqu'il ne fait aucun doute que les autorités nationales veulent agir dans un certain sens, la possibilité qu'elles ne profitent pas de la faculté offerte par la décision de la Commission apparaît comme purement théorique de sorte que la requérante peut être directement concernée » (88). L'absence de toute marge d'appréciation lors de la mise en œuvre de l'acte contesté conduit à reconnaître l'intérêt direct de la requérante (89).

Dans l'hypothèse où l'éventualité d'une mesure d'exécution de l'acte litigieux ne se présenterait pas, une requérante est directement concernée par ce dernier lorsqu'elle est lésée directement (90) et qu'il existe « un lien de causalité directe entre la décision en cause et la position concurrentielle de la requérante » (91).

En dépit de ces développements jurisprudentiels, « le carcan constitué par l'exigence de l'intérêt direct et individuel apparaît à la fois comme excessivement rigoureux et, de façon paradoxale, relativement erratique » (92).

(85) T.P.I., 22 octobre 1996, *Foreningen af Jernskibs- og Maskinbyggerier i Danmark, Skibsværftsforeningen e.a. c. Commission*, aff. T-266/94, *Rec.*, p. II-1399, point 49.

(86) T.P.I., 12 décembre 1996, *Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques et de soie naturelle (AIUFFASS) e.a. c. Commission*, aff. T-380/94, *Rec.*, p. II-2169, point 47.

(87) C.J.C.E., 17 janvier 1985, *SA Piraiki-Patraiki e.a. c. Commission*, aff. 11/82, *Rec.*, p. 207, points 7-10. Voy., également, T.P.I., 27 avril 1995, *Association of Sorbitol Producers within the EC (ASPEC) e.a. c. Commission*, aff. T-435/93, *Rec.*, p. II-1281, points 60-61 ; T.P.I., 27 avril 1995, *Association des Amidonneries de céréales de la CEE (AAC) e.a. c. Commission*, aff. T-442/93, *Rec.*, p. II-1329, points 45-46.

(88) T.P.I., 12 décembre 1996, *Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et synthétiques et de soie naturelle (AIUFFASS) e.a. c. Commission*, aff. T-380/94, *Rec.*, p. II-2169, point 46. C'est, p. ex., pour cette raison que la Cour a reconnu que la requérante était directement concernée par une décision adressée par la Commission à l'État membre, dès lors que les autorités de ce dernier avaient indiqué à la requérante le comportement qu'elles adopteraient à son égard dès la réception de la décision de la Commission : 23 novembre 1971, *Werner A. Bock c. Commission*, aff. 62/70, *Rec.*, p. 897, points 7-8.

(89) Voy., p. ex., T.P.I., 11 décembre 1996, *Comafrika SpA e.a. c. Commission*, aff. T-70/94, *Rec.*, p. II-1741, point 42.

(90) C.J.C.E., 28 octobre 1982, *Groupement des Agences de voyages, Asbl c. Commission*, aff. 135/81, *Rec.*, p. 3799, point 7.

(91) T.P.I., 11 juillet 1996, *Métropole Télévision S.A. e.a. c. Commission*, aff. jtes T-528/93, T-542/93, T-543/93 et T-546/93, *Rec.*, p. II-649, point 64.

(92) G. VANDERSANDEN, « Pour un élargissement du droit des particuliers d'agir en annulation contre des actes autres que les décisions qui leur sont adressées », *C.D.E.*, 1995, p. 535, spéc. p. 547.

LE DROIT AU JUGE

B. – Recours en annulation :
le cas des associations professionnelles

Selon la jurisprudence traditionnelle de la Cour, « on ne saurait accepter le principe selon lequel une association, en sa qualité de représentante d'une catégorie d'entrepreneurs, serait concernée individuellement par un acte affectant les intérêts généraux de cette catégorie » (93).

Une décision de portée générale qui affecte les intérêts généraux de la catégorie d'entrepreneurs représentée par une association professionnelle, ne concerne cette dernière qu'en sa qualité de représentante de cette catégorie (94).

Lorsqu'à un recours intenté par une entreprise, dont l'intérêt direct et individuel est admis, se joint une association professionnelle, le Tribunal estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner l'intérêt à agir de cette dernière dès lors qu'il s'agit d'un seul et même recours (95).

Une association professionnelle dont l'objet, tel que défini par ses statuts, est de protéger les intérêts de la catégorie professionnelle concernée, et qui a participé à la procédure administrative pour défendre les intérêts individuels de certains de ses membres, ainsi que ceux de l'ensemble du secteur, peut être considérée comme ayant introduit un recours collectif, se substituant aux recours par les entreprises concernées, au cas ou de tels recours auraient été recevables. Le Tribunal considère que, dans de telles circonstances, le recours de l'association « présente des avantages procéduraux en permettant d'éviter l'introduction d'un nombre élevé de recours différents dirigés contre les mêmes décisions » (96). Une telle association

(93) C.J.C.E., 14 décembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a. c. Conseil*, aff. jtes 16 et 17/62, *Rec.*, p. 901, spéc. pp. 919-920 ; ordonnance du 11 juillet 1979, *Fédération nationale des producteurs de vins de table et vins de pays c. Commission*, aff. 60/79, *Rec.*, p. 2429, spéc. p. 2432 ; ordonnance du 5 novembre 1986, *Union de Federaciones Agrarias de España (UFADE) c. Conseil et Commission*, aff. 117/86, *Rec.*, p. 3255, point 12 ; T.P.I., 6 juillet 1995, *AITEC e.a. c. Commission*, aff. jtes T-447/93, T-448/93 et T-449/93, *Rec.*, p. II-1971, point 54. Il convient de noter, cependant, qu'une association d'entreprises a un intérêt légitime à saisir la Commission d'une demande de constater une infraction au droit communautaire de la concurrence à la double condition qu'elle ait le droit de représenter les intérêts de ses membres et que le comportement dénoncé soit susceptible de léser ces derniers. Dans le cas du rejet de sa demande, l'association concernée a un intérêt à agir à l'encontre de la décision de la Commission, T.P.I., 24 janvier 1995, *Bureau européen des médias de l'industrie musicale (BEMIM) c. Commission*, aff. T-114/92, *Rec.*, p. II-147, point 28.

(94) T.P.I., ordonnance du 21 février 1995, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo e.a. c. Commission*, aff. T-117/94, *Rec.*, p. II-455, point 28.

(95) T.P.I., 27 avril 1995, *Association of Sorbitol Producers within the EC (ASPEC) e.a. c. Commission*, aff. T-435/93, *Rec.*, p. II-1281, point 72.

(96) T.P.I., 6 juillet 1995, *AITEC e.a. c. Commission*, aff. jtes T-447/93, T-448/93 et T-449/93, *Rec.*, p. II-1971, point 60.

LE DROIT AU JUGE

est individuellement concernée par la décision litigieuse et ne saurait être assimilée à une association qui soit n'a pas participé à la procédure administrative, soit, en y participant, n'a défendu que des intérêts généraux (97).

La qualité de négociateur, dans l'intérêt de ses membres, permet de reconnaître à une association, qui a *participé activement* à la procédure administrative préalable à l'adoption de la décision litigieuse, un intérêt à agir dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre cette dernière (98). Eu égard à la jurisprudence récente du Tribunal (99), il semblerait que d'autres facteurs pourraient permettre l'individualisation de l'association requérante.

Un recours en annulation introduit par une association professionnelle en qualité de mandataire de certains de ses membres serait recevable au cas où ces derniers auraient été individuellement et directement concernés par la décision attaquée (100).

Résumant sa jurisprudence relative à l'intérêt des associations professionnelles à agir en annulation contre des décisions dont elles ne sont pas les destinataires, le Tribunal a expliqué qu'un tel recours est recevable dans deux hypothèses : la première, lorsque l'association requérante « a un intérêt propre à agir, notamment parce que sa position de négociatrice a été affectée par l'acte dont l'annulation est demandée » ; la seconde lorsque l'association, « en introduisant son recours, s'est substituée à l'un ou à plusieurs de ses membres qu'elle représente, à la condition que ses membres eux-mêmes aient été en situation d'introduire un recours recevable » (101).

C. – Recours en carence

Aux termes de l'article 175 du Traité CE, toute personne physique ou morale peut saisir la Cour de justice en vue de faire constater que l'une des institutions de la Communauté, en violation du traité, a manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis. Un tel

(97) *Ibid.*, point 62.

(98) C.J.C.E., 2 février 1988, *Van der Kooy c. Commission*, aff. jtes 67, 68 et 70/85, *Rec.*, p. 219, points 21-24. Voy., également, 24 mars 1993, *Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques (CIRFS) e.a. c. Commission*, aff. C-313/90, *Rec.*, p. I-1125, points 29-30.

(99) Voy., *supra*, note n° 79.

(100) T.P.I., 22 octobre 1996, *Foreningen af Jernskibs- og Maskinbyggerier i Danmark, Skibsværftsforeningen e.a. c. Commission*, aff. T-266/94, *Rec.*, p. II-1399, point 50.

(101) T.P.I., 13 décembre 1995, *Vereniging van Exporteurs in Levende Varkens e.a. c. Commission*, aff. jtes T-481/93 et T-484/93, *Rec.*, p. II-2941, point 64 ; T.P.I., 12 décembre 1996, *Association internationale des utilisateurs de fils de filaments artificiels et de soie naturelle (AIUFFASS) e.a. c. Commission*, aff. T-380/94, *Rec.*, p. II-2169, point 50.

LE DROIT AU JUGE

recours n'est recevable que si l'institution en cause n'a pas pris position, dans un délai de deux mois, sur l'invitation à agir qui lui a été adressée.

Pour les particuliers, le recours en carence n'a qu'une portée limitée. Seul le destinataire potentiel (102) d'un acte que le Conseil, la Commission ou le Parlement européen s'abstiennent de lui adresser (103) peut saisir la Cour de justice, et ce, à la double condition que l'institution communautaire ait été tenue par une obligation d'agir et qu'ayant été mise en demeure, cette institution n'ait pas, dans un délai de deux mois, pris position au sujet de l'invitation à agir qui lui a été adressée.

La lettre de mise en demeure doit revêtir un caractère *péremptoire ou comminatoire* (104). Une lettre qui se réfère expressément à l'article 175 du Traité CE, invitant l'institution concernée sans ambiguïté à agir, constitue une mise en demeure régulière (105). L'objet de la saisine formelle de l'institution doit être précisé de manière à faire apparaître la décision que cette dernière aurait dû prendre en vertu du droit communautaire (106). La lettre de mise en demeure doit indiquer qu'elle constitue l'acte préliminaire à l'engagement de la procédure contentieuse et être rédigée de façon à permettre à l'institution en cause de connaître les mesures concrètes qu'elle est invitée à prendre (107). La mise en demeure doit avoir lieu dans un *délai raisonnable* à partir du moment où il apparaît clairement que l'institution concernée a décidé de ne pas agir (108).

Lorsque l'institution invitée à agir a pris position, dans un délai de deux mois, au sujet de la demande qui lui a été adressée, le recours en carence est irrecevable (109).

(102) C.J.C.E., 10 juin 1982, *Lord Bethell c. Commission*, aff. 246/81, *Rec.*, p. 2277, point 16.

(103) La Cour a considéré que « la notion d'acte pouvant donner lieu à recours est identique dans les articles 173 et 175, les deux dispositions ne formant que l'expression d'une seule et même voie de droit » : C.J.C.E., 18 novembre 1970, *Chevalley c. Commission*, aff. 15/70, *Rec.*, p. 975, point 6.

(104) C.J.C.E., 13 juillet 1961, *Raymond Elz c. Haute Autorité*, aff. jtes 22 et 23/60, *Rec.*, p. 357, spéc. p. 375.

(105) T.P.I., 18 septembre 1992, *Asia Motor France c. Commission*, aff. T-28/90, *Rec.*, p. II-2285, point 28.

(106) C.J.C.E., 6 mai 1986, *Nuovo Campsider c. Commission*, aff. 25/85, *Rec.*, p. 1531, point 8.

(107) *Ibid.*

(108) C.J.C.E., 6 juillet 1971, *Pays-Bas c. Commission*, aff. 59/70, *Rec.*, p. 639, point 19.

(109) C.J.C.E., 1^{er} mars 1966, *Alfons Lütticke GmbH c. Commission*, aff. 48/65, *Rec.*, p. 27, spéc. p. 39. Voy., également, C.J.C.E., 13 juillet 1971, *Deutscher Komponistenverband e.V. c. Commission*, aff. 8/71, *Rec.*, p. 705, point 3. Est incompréhensible la déclaration de la Cour selon laquelle « un refus d'agir, si explicite soit-il, peut être déferé à la Cour sur la base de l'article 175, dès lors qu'il ne met pas fin à la carence » : C.J.C.E., 27 septembre 1988, *Parlement c. Conseil*, aff. 302/87, *Rec.*, p. 5615, point 17.

LE DROIT AU JUGE

Lorsque la prise de position de l'institution invitée à agir consiste en un refus explicite, le demandeur pourrait, dans certaines circonstances, saisir la juridiction communautaire d'un recours en annulation contre l'acte ainsi adopté (110). La nature de ce dernier doit être appréciée en fonction de la nature de la demande à laquelle il constitue une réponse (111). « Dans certaines circonstances, un acte qui n'est pas, lui-même, susceptible de recours en annulation, peut toutefois constituer une prise de position mettant fin à la carence, s'il constitue le préalable nécessaire au déroulement d'une procédure devant déboucher sur un acte juridique lui-même susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation, dans les conditions prévues à l'article 173 du traité » (112).

Et la Cour d'expliquer que si cet *acte préparatoire* (113) n'est pas suivi, dans un *délai raisonnable*, d'une décision définitive, la requérante pourra se prévaloir des dispositions de l'article 175 du traité pour introduire un recours en carence (114).

Lorsque l'institution invitée à agir s'est abstenue de prendre position au sujet de la demande qui lui avait été adressée, le recours doit être introduit devant la Cour dans un délai de quatre mois à partir de la date de la lettre de mise en demeure (115).

Ainsi que le Tribunal l'a souligné, il découle des termes mêmes de l'article 175 du Traité CE que, « pour être recevable dans son recours en carence, une personne physique ou morale doit établir qu'elle est le destinataire potentiel d'un acte que la Commission serait obligée de prendre à son égard » (116). La Cour a, en effet, constaté qu'un recours en carence n'est recevable que lorsque le requérant est en mesure d'établir que l'institution, dûment mise en demeure, « a manqué de prendre à son égard un acte auquel il pouvait légalement prétendre en vertu du droit communautaire » (117).

(110) C.J.C.E., 26 novembre 1996, *T. Port GmbH & Co KG*, aff. C-68/95, *Rec.*, p. I-6065, point 61.

(111) C.J.C.E., 8 mars 1972, *Nordgetreide GmbH & Co KG c. Commission*, aff. 42/71, *Rec.*, p. 105, point 5 ; 24 novembre 1992, *Josef Buckl c. Commission*, aff. jtes C-15/91 et C-108/91, *Rec.*, p. I-6061, point 22.

(112) T.P.I., 27 juin 1995, *Guérin Automobiles c. Commission*, aff. T-186/94, *Rec.*, p. II-1753, point 25. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par l'arrêt de la Cour du 18 mars 1997, *Guérin Automobiles c. Commission*, aff. C-282/95 P, *Rec.*, p. I-1503.

(113) C.J.C.E., 18 mars 1997, *Guérin Automobiles c. Commission*, aff. C-282/95 P, *Rec.*, p. I-1503, point 34.

(114) *Ibid.*, point 38.

(115) T.P.I., ordonnance du 11 mars 1996, *Guérin Automobiles c. Commission*, aff. T-195/95, *Rec.*, p. II-172, point 18.

(116) T.P.I., 22 mai 1996, *Associazione Italiana Technico Economica del Cemento (AITEC) c. Commission*, aff. T-277/94, *Rec.*, p. II-351, point 58.

(117) C.J.C.E., 10 juin 1982, *Lord Bethell c. Commission*, aff. 246/81, *Rec.*, p. 2277, point 13.

LE DROIT AU JUGE

Pour cette raison, une personne privée ne saurait introduire un recours en carence lorsque l'objet est de condamner l'institution invitée à adopter un règlement ou une proposition faisant partie intégrante de la procédure d'élaboration dudit règlement (118) ou une décision adressée aux États membres (119).

Le Tribunal a, toutefois, examiné la question de savoir dans quelle mesure un recours en carence introduit par une personne privée pouvait être recevable au motif que l'acte que la Commission a prétendument omis d'adopter l'aurait individuellement et directement concernée (120) et a conclu que les particuliers ne sauraient mettre la Commission en demeure d'adopter une décision ou une directive adressée aux États membres (121).

La carence est constituée dès lors que l'institution concernée s'est abstenue de statuer ou de prendre position au sujet de l'invitation à agir qui lui était adressée (122). Seule une abstention en cas d'obligation d'agir est susceptible d'être considérée comme une carence au sens de l'article 175 du traité (123). Il appartient, en effet, à la Cour de constater la violation du traité que constitue le fait, pour l'institution concernée, de s'abstenir de statuer dans une situation où cette dernière y était tenue (124). Par ailleurs, l'acte dont la non-adoption est reprochée doit être *suffisamment individualisé* (125).

Dès lors qu'en cours d'instance, l'institution a pris position au sens de l'article 175 du traité, le recours devient, de ce fait, sans objet et le Tribunal prononce le non-lieu à statuer (126). Par ailleurs, lorsque l'institution mise en demeure prend position après l'expiration du

(118) C.J.C.E., 15 janvier 1974, *Holtz & Willemsen GmbH c. Conseil*, aff. 134/73, *Rec.*, p. 1, point 5.

(119) C.J.C.E., 26 octobre 1971, *Mackprang c. Commission*, aff. 15/71, *Rec.*, p. 797, point 4.

(120) T.P.I., 27 octobre 1994, *Ladbroke Racing Ltd c. Commission*, aff. T-32/93, *Rec.*, p. II-1015, points 41, 43.

(121) *Ibid.*, point 45. Notons également que, dans un arrêt, la Cour a constaté qu'« en demandant à la Commission d'ouvrir une procédure en application de l'article 169, la requérante sollicite en réalité l'adoption d'actes qui ne la concerneraient pas directement et individuellement au sens de l'article 173, alinéa 2, et qu'en tout état de cause, elle ne pourrait donc pas attaquer par la voie du recours en annulation » : C.J.C.E., 14 février 1989, *Star Fruit Company SA c. Commission*, aff. 247/87, *Rec.*, p. 291, point 13.

(122) C.J.C.E., 13 juillet 1971, *Deutscher Komponistenverband e.V. c. Commission*, aff. 8/71, *Rec.*, p. 705, point 2 ; 15 décembre 1988, *Irish Cement c. Commission*, aff. jtes 166/86 et 220/86, *Rec.*, p. 6473, point 17 ; T.P.I., 22 mai 1996, *AITEC c. Commission*, aff. T-277/94, *Rec.*, p. II-351, point 65.

(123) T.P.I., 24 janvier 1995, *Ladbroke Racing (Deutschland) GmbH c. Commission*, aff. T-74/92, *Rec.*, p. II-115, point 39.

(124) C.J.C.E., 22 mai 1985, *Parlement c. Conseil*, aff. 13/83, *Rec.*, p. 1513, point 48.

(125) *Ibid.*, point 36.

(126) T.P.I., 27 octobre 1994, *Ladbroke Racing Ltd c. Commission*, aff. T-32/93, *Rec.*, p. II-1015, point 22.

LE DROIT AU JUGE

délai de deux mois, mais avant l'introduction du recours, le Tribunal déclare, parfois, que le recours est irrecevable (127) et, parfois, qu'il n'y a pas lieu de statuer (128), alors que, dans les mêmes circonstances, la Cour considère qu'il n'y a pas lieu de statuer (129). La raison en est qu'en présence d'un arrêt constatant l'abstention initiale, l'institution concernée ne serait pas en mesure de prendre, comme l'y oblige l'article 176 du traité, les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt, de sorte que le recours est devenu sans objet (130).

Amorcée dans des circonstances particulières (131), une solution favorable aux personnes privées a été récemment consacrée par la jurisprudence. Alignant la condition du requérant dans le cadre du recours en carence sur celle du requérant en annulation, la Cour admet qu'outre le destinataire de la décision que l'institution a omis d'adopter, toute personne qui aurait été individuellement et directement concernée par une telle décision si elle avait été prise est recevable à introduire un recours en carence (132). Elle considère que « [l]a possibilité pour les particuliers de faire valoir leurs droits ne saurait en effet dépendre de l'action ou de l'inaction de l'institution visée » (133).

D. – Recours en responsabilité

L'action en indemnité peut être intentée par toute personne ayant subi un dommage du fait de la violation du droit communautaire par une des institutions de la Communauté, dans un délai de cinq ans, à compter de la survenance du fait dommageable.

Lorsque le fait générateur du préjudice consiste en l'adoption, dans l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire, d'une mesure normative de politique économique, la responsabilité de la Communauté ne saurait être engagée qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers (134). Le caractère suffisamment caractérisé de la violation résulte d'une

(127) C.J.C.E., 1^{er} avril 1993, *Pesqueras Echebaster SA c. Commission*, aff. C-25/91, *Rec.*, p. I-1719, point 11.

(128) T.P.I., 18 septembre 1992, *Asia Motor France SA e.a. c. Commission*, aff. T-28/90, *Rec.*, p. II-2285, points 35-38.

(129) C.J.C.E., 24 novembre 1992, *Josef Buckl & Söhne OHG e.a. c. Commission*, aff. jtes C-15/91 et C-108/91, *Rec.*, p. I-6061, point 16.

(130) C.J.C.E., 24 novembre 1992, *Josef Buckl & Söhne OHG e.a. c. Commission*, aff. jtes C-15/91 et C-108/91, *Rec.*, p. I-6061, points 14-15 ; T.P.I., 18 septembre 1992, *Asia Motor France SA e.a. c. Commission*, aff. T-28/90, *Rec.*, p. II-2285, points 35-38.

(131) C.J.C.E., 16 février 1993, *ENU*, aff. C-107/91, *Rec.*, p. I-599.

(132) C.J.C.E., 26 novembre 1996, *T. Port GmbH*, aff. C-68/95, *Rec.*, p. I-6065.

(133) *Ibid.*, point 59.

(134) C.J.C.E., 2 décembre 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt*, aff. 5/71, *Rec.*, p. 975.

LE DROIT AU JUGE

méconnaissance manifeste et grave des limites qui s'imposent à l'exercice d'un tel pouvoir (135).

Se référant au régime de la responsabilité de la puissance publique du fait des actes normatifs opérant des choix de politique économique dans les États membres, la Cour a constaté que ce n'est « qu'exceptionnellement et dans des circonstances singulières » que la responsabilité de l'État est engagée (136). Elle a estimé que « cette conception restrictive s'explique par la considération que le pouvoir législatif, même là où existe un contrôle juridictionnel sur la validité de ses actes, ne doit pas être entravé dans ses dispositions par la perspective d'actions en dommages-intérêts chaque fois qu'il est dans le cas de prendre, dans l'intérêt général, des mesures susceptibles de porter atteinte aux intérêts des particuliers » (137). La Cour en tire la conséquence que, « dans les domaines relevant de la politique de la Communauté en matière économique, il peut être exigé du particulier qu'il supporte, dans des limites raisonnables, sans pouvoir se faire indemniser par les fonds publics, certains effets préjudiciables à ses intérêts économiques engendrés par un acte normatif, même si celui-ci est reconnu non valide » (138).

L'interdiction de discrimination (139), la protection de la confiance légitime (140), le respect des droits acquis (141), la proportionnalité (142) et la non-rétroactivité (143) sont considérés par la jurisprudence comme des règles supérieures de droit pour la protection des particuliers, dont la méconnaissance sérieuse par les institutions de la Communauté peut engager la responsabilité de cette dernière envers les particuliers. En revanche, le système de répartition des compétences entre les institutions de la Communauté a pour but non pas la protection des particuliers, mais le respect de l'équilibre institutionnel, de sorte que sa méconnaissance par l'adoption d'une mesure entachée d'incompétence ne saurait engager la responsabilité de la Communauté

(135) Voy., p. ex., C.J.C.E., 25 mai 1978, *Bayerische HNL c. Conseil et Commission*, aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, *Rec.*, p. 1209, points 4-6 ; 4 octobre 1979, *Dumortier Frères c. Conseil*, aff. jtes 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, *Rec.*, p. 3091, point 9.

(136) C.J.C.E., 25 mai 1978, *Bayerische HNL c. Conseil*, aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, *Rec.*, p. 1209, point 4.

(137) *Ibid.*, point 5.

(138) *Ibid.*, point 6.

(139) C.J.C.E., 13 juin 1972, *Compagnie d'approvisionnement et Grands Moulins de Paris c. Commission*, aff. jtes 9 et 11/71, *Rec.*, p. 391.

(140) C.J.C.E., 8 juin 1977, *Merkur c. Commission*, aff. 97/76, *Rec.*, p. 1063.

(141) C.J.C.E., 10 décembre 1975, *Union nationale des coopératives agricoles de céréales*, aff. jtes 95 à 98/74 et 100/75, *Rec.*, p. 1615.

(142) C.J.C.E., 13 novembre 1973, *Werhahn Hansamühle*, aff. jtes 63-69/72, *Rec.*, p. 1229.

(143) C.J.C.E., 14 mai 1975, *C.N.T.A.*, aff. 74/74, *Rec.*, p. 533.

LE DROIT AU JUGE

à l'égard des particuliers (144). De même, l'insuffisance de motivation d'un acte réglementaire, susceptible d'entacher ce dernier d'illégalité, dans le cadre d'un recours en annulation « n'est pas de nature à engager la responsabilité de la Communauté » (145).

Mais l'exigence relative à la violation d'une règle supérieure de droit pour la protection des particuliers semble avoir été abandonnée et remplacée par celle relative à la méconnaissance d'une disposition communautaire directement applicable, dont l'objet est la création de droits dans le chef des particuliers.

Dans les affaires jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame* (146), la Cour a déclaré que « les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas, en l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité de la Communauté dans des circonstances comparables. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage » (147). Dans les deux espèces, la Cour a souligné que la première condition requise pour que la responsabilité de la Communauté puisse être engagée est que « la règle violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers » (148). Elle a constaté que « les dispositions communautaires mises en cause, à savoir l'article 30 du traité, dans l'affaire C-46/93, et l'article 52, dans l'affaire C-48/93, ont un effet direct, en ce sens qu'elles confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir directement devant les juridictions nationales » (149). La Cour a déclaré que « [l]a première condition est manifestement remplie en ce qui concerne l'article 30 du traité, visé dans l'affaire C-46/93, et l'article 52 du traité visé dans l'affaire C-48/93. En effet, si l'article 30 impose une interdiction aux États membres, il n'engendre pas moins, pour les particuliers, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder... De même, l'article 52 du traité confère, par essence, des droits aux particuliers... » (150). De même, dans l'arrêt *Hedley Lomas* (151), la Cour a

(144) C.J.C.E., 13 mars 1992, *Vreugdenhill*, aff. C-282/90, *Rec.*, p. I-1937.

(145) C.J.C.E., 15 septembre 1982, *Kind*, aff. 106/81, *Rec.*, p. 2885, point 14.

(146) C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, p. I-1029.

(147) *Ibid.*, point 42.

(148) *Ibid.*, point 51.

(149) *Ibid.*, point 23.

(150) *Ibid.*, point 54.

(151) C.J.C.E., 23 mai 1996, *Lomas*, aff. C-5/94, *Rec.*, p. I-2053.

LE DROIT AU JUGE

rappelé qu'un droit à réparation présuppose que soient réunies trois conditions dont la première est que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers (152). Elle a constaté que l'article 34 du traité, en cause dans l'espèce, « a pour objet de conférer des droits aux particuliers » (153) et a souligné que, « [s]i l'article 34 impose une interdiction aux États membres, il n'engendre pas moins, pour les particuliers, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder » (154).

Un particulier ne saurait attaquer la Commission en annulation, en carence ou en indemnité, en cas de refus par celle-ci d'engager la procédure en constatation de manquement contre un État membre.

Dans le cadre d'un recours en annulation, la Cour a, en effet, considéré qu'« il résulte de l'économie de l'article 169 du Traité CEE que la Commission n'est pas tenue d'engager une procédure au sens de cette disposition, mais qu'elle dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire excluant le droit pour les particuliers d'exiger de l'institution qu'elle prenne une position dans un sens déterminé et d'introduire un recours en annulation contre son refus d'agir » (155). Soulignant que, dans le cadre de la procédure précontentieuse, la Commission n'émet qu'un avis motivé et qu'elle a la faculté, et non pas l'obligation, de saisir la Cour de justice (156), la Cour a déclaré le recours irrecevable.

Reprenant les mêmes considérations à propos d'un recours en carence, la Cour a ajouté qu'« en demandant à la Commission d'ouvrir une procédure en application de l'article 169, la requérante sollicite en réalité l'adoption d'actes qui ne la concerneraient pas directement et individuellement au sens de l'article 173, alinéa 2, et que, en tout état de cause, elle ne pourrait donc pas attaquer par la voie du recours en annulation » (157).

S'agissant d'un recours en indemnité, le Tribunal de première instance a estimé que, puisque la Commission n'était pas tenue d'engager une procédure au titre de l'article 169 contre un État membre, sa décision de ne pas engager une telle procédure devait être considérée comme conforme au traité et, en particulier, aux articles 155 et 169, et ne pouvait engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté (158).

(152) *Ibid.*, point 25.

(153) *Ibid.*, point 32.

(154) *Ibid.*, point 27.

(155) C.J.C.E., 17 mai 1990, *Sonito*, aff. C-87/89, *Rec.*, p. I-1981, point 6.

(156) *Ibid.*, point 7.

(157) C.J.C.E., 14 février 1989, *Star Fruit Company SA*, aff. 247/87, *Rec.*, p. 291, point 13.

(158) T.P.I., 14 septembre 1995, *Lefebvre Frères et Sœurs e.a. c. Commission*, aff. T-571/93, *Rec.*, p. I-2379, point 61.

LE DROIT AU JUGE

E. – Les mesures provisoires

Une protection juridictionnelle effective comporte, pour le justiciable, la possibilité d'obtenir des mesures provisoires (159). L'octroi de telles mesures vise à « prévenir l'imminence d'un préjudice grave et irréparable » (160), à « garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir » (161) et « répond à un souci simple et impérieux : protéger les intérêts pressants » (162). Pour ces raisons, l'article 186 du Traité CE reconnaît la compétence de la juridiction communautaire, dans les affaires dont elle est saisie, pour prescrire les mesures provisoires nécessaires. En outre, puisque les recours formés devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance n'ont pas d'effet suspensif (163), l'article 185 du Traité CE prévoit que « la Cour de justice peut, si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ».

La compétence de la Cour pour ordonner le sursis à exécution et pour prescrire toutes mesures provisoires nécessaires peut être exercée dans le cadre d'un pourvoi contre certaines décisions du Tribunal (164), nonobstant l'absence d'effet suspensif d'un tel pourvoi (165). En particulier, en cas d'annulation par le Tribunal d'un règlement communautaire, une partie peut, à l'occasion du pourvoi contre l'arrêt du Tribunal, « saisir la Cour en vertu des articles 185 et 186 du traité d'une demande tendant à la suspension des effets du règlement annulé ou à la prescription de toute autre mesure provisoire » (166).

Enfin, les décisions du Tribunal ordonnant le sursis à l'exécution de l'acte attaqué devant lui, et celles prescrivant d'autres mesures provisoires dans le cadre d'un recours dont il est saisi, sont également susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice (167). Le président de la Cour statue, selon une procédure accélérée, « sur des conclusions tendant soit à l'obtention du sursis prévu à l'article 185 du traité, soit à l'application de mesures provisoires en

(159) Voy., en particulier, les conclusions de l'avocat général TESAURO sous l'aff. C-213/89, *Factorame, Rec.*, 1990, p. I-2450.

(160) J.-G. HUGLO, « Le référé », *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 390, p. 1.

(161) C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factorame*, aff. C-213/89, *Rec.*, p. I-2433, point 21.

(162) G. VANDERSANDEN, « Référé », in *Encyclopédie Dalloz – Droit communautaire*, p. 1.

(163) Article 185 Traité CE. Voy. J. RIDEAU et F. PICOD, « Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire », *J.T.-dr. eur.*, 1995, p. 121.

(164) Articles 49, alinéa 1^{er}, et 50, alinéas 1^{er} et 2, du Statut de la Cour CE.

(165) Article 53, alinéa 1^{er}, du Statut de la Cour CE.

(166) Article 53, alinéa 2, du Statut de la Cour CE.

(167) Article 50, alinéa 1^{er}, du Statut de la Cour CE.

LE DROIT AU JUGE

vertu de l'article 186... » par voie d'ordonnance qui « n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge en rien la décision de la Cour statuant au principal » (168).

Ainsi que la Cour l'a noté, « dans le cadre du recours en annulation le traité n'autorise pas seulement la Cour, à l'article 185, à ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué, mais l'investit également, à l'article 186, du pouvoir de prescrire les mesures provisoires nécessaires » (169). Puisque l'article 186 du traité est rédigé en des termes généraux et ne prévoit pas d'exception pour certaines procédures, la Cour en a conclu que des mesures provisoires au titre de cette disposition pourraient également être prises dans le cadre d'un recours en carence (170). Le président de la Cour a, en outre, souligné que des mesures provisoires, y compris sous forme de paiement à titre de provision, peuvent être octroyées à l'occasion d'un recours en responsabilité (171).

Octroyées à l'occasion d'un recours principal, les mesures provisoires revêtent un caractère accessoire par rapport à ce dernier. La demande de sursis à l'exécution d'un acte doit émaner du requérant (172). En revanche, les mesures provisoires, autres que le sursis à exécution, peuvent faire l'objet d'une demande formulée par toute partie à une affaire dont la Cour ou le Tribunal est saisi (173).

Aux termes des règlements de procédure de la Cour et du Tribunal, les demandes relatives au sursis et aux autres mesures provisoires « spécifient l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire à laquelle elles concluent » (174). À ces deux conditions, la jurisprudence en a ajouté une troisième – la balance des intérêts en cause –, et la Cour a, par ailleurs, souligné leur caractère cumulatif (175).

(168) Article 36 du Statut de la Cour CE.

(169) C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft mbH e.a.*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 27.

(170) C.J.C.E., 26 novembre 1996, *T. Port GmbH & Co KG*, aff. C-68/95, *Rec.*, p. I-6065, point 60.

(171) C.J.C.E., 29 janvier 1997, *Antonissen*, aff. C-393/96 P(R), *Rec.*, p. I-441.

(172) Article 83, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, du règlement de procédure de la Cour de justice ; article 104, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, du règlement de procédure du Tribunal de première instance.

(173) Article 83, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du règlement de procédure de la Cour de justice ; article 104, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, du règlement de procédure du Tribunal de première instance.

(174) Article 83, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour de justice ; article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal de première instance.

(175) *Voy.*, p. ex., C.J.C.E., ordonnance du 11 mars 1994, *Descom Scales Manufacturing Co Ltd c. Conseil*, aff. C-6/94 R, *Rec.*, p. I-867, points 14 et 15.

LE DROIT AU JUGE

L'exigence des moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure sollicitée (*fumus boni juris*) conduit le juge des référés, sans préjuger de la décision au fond, à considérer l'apparence de sérieux et de bon droit des moyens avancés par le demandeur dans le recours principal (176). Le juge se contente de constater que les moyens invoqués par la requérante apparaissent, à première vue, pertinents et, en tout cas, non dépourvus de fondement (177).

L'urgence s'apprécie « par rapport à la nécessité qu'il y a de statuer provisoirement, afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit occasionné à la partie qui sollicite la mesure provisoire » (178). C'est à la partie demanderesse qu'il appartient d'apporter la preuve qu'un préjudice imminent, grave et irréparable résulterait pour elle de l'absence de la mesure sollicitée (179). Les règlements de procédure de la Cour (180) et du Tribunal (181) confèrent aux présidents respectifs le pouvoir de faire droit à la demande d'une partie d'octroyer des mesures provisoires, sans que l'autre partie ait présenté ses observations. La mesure ainsi prise pourrait être ultérieurement modifiée ou rapportée, même d'office.

La balance des intérêts implique, pour le juge des référés, une confrontation entre l'intérêt du demandeur à l'octroi de la mesure sollicitée et les conséquences préjudiciables pour le défendeur ou pour des tiers de l'octroi de celle-ci.

La Cour considère que « [l]a protection provisoire qui est assurée aux justiciables devant les juridictions nationales par le droit communautaire ne saurait varier, selon qu'ils contestent la compatibilité de dispositions nationales avec le droit communautaire ou la validité d'actes communautaires de droit dérivé, dès lors que, dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit communautaire lui-même » (182). La Cour considère que le pouvoir des juridictions nationales d'accorder, selon le cas, le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires correspond à sa propre compétence au titre, respectivement, des

(176) G. VANDERSANDEN, « Référé », in *Encyclopédie Dalloz – Droit communautaire*, p. 1, point 31.

(177) T.P.I., 10 mars 1995, *Atlantic Container Line e.a. c. Commission*, aff. T-395/94 R, *Rec.*, p. II-595, point 49.

(178) *Ibid.*, point 50.

(179) *Ibid.*

(180) Article 84, paragraphe 2, alinéa 2.

(181) Article 105, paragraphe 2, alinéa 2.

(182) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 20 ; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 24.

LE DROIT AU JUGE

articles 185 et 186 du Traité CE (183). Il importe, dès lors, que le sursis et les autres mesures provisoires ne soient octroyés par les juridictions nationales que dans les conditions du référé devant la Cour (184).

Aussi convient-il, dès lors, d'exposer les conditions qui, selon la Cour de justice, devraient être remplies pour que le juge national accorde un sursis à l'exécution d'une décision nationale fondée sur un règlement communautaire ou toute autre mesure provisoire.

La première de ces conditions concerne l'existence de doutes sérieux quant à la validité de l'acte communautaire en cause (185). Et la Cour d'expliquer qu'à l'occasion du renvoi préjudiciel en appréciation de la validité de ce dernier, le juge national doit indiquer les raisons pour lesquelles, eu égard à la marge d'appréciation réservée à l'institution communautaire, il considère cet acte comme invalide (186).

La deuxième condition a trait au caractère provisoire de la mesure. À cet égard, la Cour a déclaré que le juge national ne saurait accorder et/ou maintenir des mesures provisoires qu'aussi longtemps que la Cour n'a pas écarté les moyens d'invalidité invoqués à l'encontre de l'acte communautaire en cause (187).

La troisième condition s'attache à établir l'existence de l'urgence qui se confond, selon la Cour, avec la nécessité d'édicter les mesures demandées pour qu'elles produisent leurs effets avant même que la Cour n'ait pu statuer sur la validité de l'acte communautaire attaqué, afin d'éviter qu'un préjudice grave et irréparable ne soit causé à la partie demanderesse (188).

Par ailleurs, le juge doit prendre en compte l'intérêt de la Communauté à ce que les règlements ne soient pas écartés sans garantie sérieuse (189). Il doit, notamment, s'assurer qu'à défaut d'application immédiate, l'acte communautaire en cause ne se trouverait pas privé

(183) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 27 ; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 39.

(184) *Ibid.*

(185) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 23.

(186) C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, points 36-37.

(187) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 24 ; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 38.

(188) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 28 ; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 40.

(189) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 30 ; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 42.

LE DROIT AU JUGE

de tout effet utile (190). Lorsqu'un risque financier est susceptible d'être couru par la Communauté du fait de l'octroi des mesures provisoires, le juge doit être en mesure d'imposer au requérant des garanties suffisantes, telles que le versement d'une caution ou la constitution d'un séquestre (191).

**II. – LE REcul DE LA PROTECTION
JURIDICTIONNELLE DES JUSTICIABLES :
LE RENVOI PRÉJUDICIEL**

S'il est incontestable que le renvoi préjudiciel institué par le Traité CE est, essentiellement, un instrument de coopération directe entre la Cour de justice et les juridictions nationales dans le cadre d'une procédure non contentieuse, il n'en demeure pas moins qu'il représente un intérêt certain pour les justiciables.

Certes, la Cour a déclaré que « l'article 177 ne constitue pas une voie de recours ouverte aux parties à un litige pendant devant le juge national » (192) et que la procédure préjudicielle était étrangère à toute initiative des parties (193). Elle a souligné qu'au cours de celle-ci, ces dernières « sont seulement invitées à se faire entendre » (194) en présentant des observations écrites et orales, et ce, « dans le cadre juridique tracé par la juridiction nationale » (195). Aussi les parties au principal ne sauraient-elles modifier la teneur des questions déferées par le juge de renvoi (196).

(190) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 31 ; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 42.

(191) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 32 ; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 45.

(192) C.J.C.E., 6 octobre 1982, *Cilfit*, aff. 283/81, *Rec.*, p. 3415, point 9.

(193) C.J.C.E., 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft c. Maison Singer et Fils*, aff. 44/65, *Rec.*, p. 1191, spéc. p. 1199 ; 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, aff. C-364/92, *Rec.*, p. I-43, point 9 ; ordonnance du 14 juillet 1971, *Rheinmühlen*, aff. 6/71, *Rec.*, p. 719, point 1.

(194) C.J.C.E., 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft c. Maison Singer et Fils*, aff. 44/65, *Rec.*, p. 1191, spéc. p. 1199 ; 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, aff. C-364/92, *Rec.*, p. I-43, point 9.

(195) C.J.C.E., 1^{er} mars 1973, *Paul G. Bollman c. Hauptzollamt Hamburg-Waltershof*, aff. 62/72, *Rec.*, p. 269, point 4.

(196) C.J.C.E., 9 décembre 1965, *Hessische Knappschaft c. Maison Singer et Fils*, aff. 44/65, *Rec.*, p. 1191, spéc. p. 1199 ; 15 juin 1972, *Fratelli Grassi c. Administration des finances de la République italienne*, aff. 5/72, *Rec.*, p. 443, point 4 ; 21 mars 1996, *Dominique Bruyère e.a. c. État belge*, aff. C-297/94, *Rec.*, p. I-1551, point 19.

LE DROIT AU JUGE

Mais cette conception apparaît quelque peu réductrice. Même si le juge national peut soulever lui-même la question à soumettre à la Cour de justice à titre préjudiciel (197), c'est souvent à l'initiative des parties au principal ou, du moins, de l'une d'entre elles que la Cour est saisie.

D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour a souvent souligné « qu'il est d'ailleurs toujours loisible aux intéressés qui s'estimeraient lésés par des décisions irrégulières d'un État membre de saisir les juridictions de cet État compétentes pour contrôler et annuler lesdites décisions afin d'obtenir la sauvegarde appropriée de leurs droits et intérêts, sous réserve pour ces juridictions de recourir facultativement ou non, selon le cas, à la procédure de l'article 177... » (198). De même, « tout particulier dont les droits sont lésés par des mesures d'un État membre contraires au droit communautaire doit pouvoir réclamer la protection d'un juge compétent et, pour sa part, ce juge doit avoir la liberté de se faire éclairer sur la portée des dispositions pertinentes du droit communautaire par la procédure de l'article 177 » (199). Dans le cas particulier où une demande de concours FEOGA ne saurait être favorablement accueillie par la Commission, puisque l'autorité nationale compétente a émis un avis négatif à ce sujet, il appartient « aux juridictions nationales de statuer, le cas échéant après renvoi préjudiciel à la Cour, sur la légalité de l'acte national en cause » (200).

La Cour a plus généralement considéré que, « [d]ans le cas où un particulier s'estime lésé par un acte normatif communautaire qu'il considère comme illégal, il dispose de la possibilité, lorsque la mise en œuvre de l'acte est confiée aux autorités nationales, de contester, à l'occasion de cette mise en œuvre, la validité de l'acte devant une juridiction nationale dans le cadre d'un litige l'opposant à l'autorité interne. Cette juridiction peut, ou même doit, dans les conditions de l'article 177, saisir la Cour d'une question portant sur la validité de l'acte communautaire en cause. L'existence de ce recours est déjà de nature à assurer d'une manière efficiente la protection des particuliers intéressés » (201).

(197) C.J.C.E., 16 juin 1981, *Salonia*, aff. 126/80, *Rec.*, p. 1563 ; 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jtes C-87, 88 et 89/90, *Rec.*, p. I-3757.

(198) C.J.C.E., 4 février 1965, *Albatros c. SOPECO*, aff. 20/64, *Rec.*, 1965, p. 1, spéc. p. 10.

(199) C.J.C.E., 16 décembre 1981, *Foglia/Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, point 26.

(200) C.J.C.E., 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli*, aff. C-97/91, *Rec.*, p. I-6313, point 13.

(201) C.J.C.E., 5 décembre 1979, *Koninklijke Scholten-Honig NV c. Conseil et Commission*, aff. 143/77, *Rec.*, p. 3583, point 11. Un argument consistant à soutenir qu'un recours introduit devant une juridiction nationale à l'occasion duquel un renvoi préjudiciel est prononcé représenterait une protection juridique insuffisante par rapport à un recours direct en annulation devant la juridiction communautaire est rejeté par le Tribunal au motif que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité confère au justiciable « une protection juridique adéquate ». T.P.I., 12 décembre 1996, *BVBA Kruidvat c. Commission*, aff. T-87/92, *Rec.*, p. II-1931, point 75.

LE DROIT AU JUGE

La Cour n'a pas manqué de souligner qu'« à l'appui d'un recours contre une mesure nationale d'exécution d'un acte communautaire, le demandeur peut faire valoir l'illégalité de cet acte communautaire et obliger ainsi la juridiction nationale à se prononcer sur l'ensemble des griefs formulés à ce titre, le cas échéant après renvoi en appréciation de validité à la Cour » (202).

Aussi a-t-elle considéré que « la circonstance que le traité, dans les articles 169 et 170, permet à la Commission et aux États membres d'attirer devant la Cour un État qui a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du traité n'implique pas pour les particuliers l'impossibilité d'invoquer, le cas échéant, ces obligations devant le juge national, lequel peut saisir la Cour, en vertu de l'article 177 du traité » (203).

C'est dire que, dans la conception de la Cour de justice, le renvoi préjudiciel fait partie d'un ensemble de recours juridictionnels dont les particuliers peuvent bénéficier.

Cette conception est renforcée par le fait que certaines juridictions sont tenues de saisir la Cour à titre préjudiciel dès lors qu'une question d'interprétation ou de validité de droit communautaire est soulevée devant elles.

Conformément à l'article 177, alinéa 3, du Traité CE, lorsqu'une question d'interprétation ou de validité du droit communautaire est soulevée devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice.

En matière d'interprétation, la jurisprudence de la Cour a, par la reconnaissance de la doctrine de l'*acte clair*, introduit une dérogation à cette obligation de renvoi (204). En revanche, en matière d'appréciation de validité, la Cour a imposé une obligation de renvoi à toute juridiction nationale, quel que soit son rang, qui a des doutes sérieux sur la validité des actes communautaires (205). Cette obligation pèse aussi sur le juge des référés (206).

(202) C.J.C.E., 21 mai 1987, *Union Deutsche Lebensmittelwerke GmbH e.a. c. Commission*, aff. 97/85, *Rec.*, p. 2265, point 12 ; ordonnance du 20 mai 1987, *Champlor S.A. e.a. c. Commission*, aff. jtes 233 à 235/86, *Rec.*, p. 2251, point 10.

(203) C.J.C.E., 10 mars 1983, *Fabricants raffineurs d'huile de graissage c. Inter Huiles*, aff. 172/82, *Rec.*, p. 555, point 8.

(204) C.J.C.E., 6 octobre 1982, *Cilfit*, aff. 283/81, *Rec.*, p. 3415.

(205) C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto Frost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4199.

(206) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415 ; 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsengesellschaft*, aff. C-465/93, *Rec.*, p. I-3761.

LE DROIT AU JUGE

Ainsi, les justiciables devant les juridictions nationales peuvent soulever des questions d'interprétation et de validité du droit communautaire et contraindre ces juridictions, dans certaines circonstances, à saisir la Cour de justice à titre préjudiciel.

En outre, même si cette dernière doit confiner son examen aux questions telles que formulées par le juge de renvoi, il arrive qu'elle tienne compte de certains aspects invoqués par les parties au principal elles-mêmes.

Ainsi, lorsque le juge de renvoi pose une question, rédigée en des termes généraux, relative à la validité d'un règlement communautaire sans indiquer des griefs particuliers, et qu'une des parties au principal formule certaines observations ou soulève certains moyens à l'encontre de la validité de cet acte, la Cour estime qu'« il convient donc d'examiner la validité de celui-ci sous l'angle de ces observations » (207) et « de répondre à la question posée en appréciant la validité de ce règlement sur la base des moyens susvisés » (208).

De même, lorsque l'exposé des faits dans l'ordonnance de renvoi est incomplet, la Cour s'estime néanmoins en mesure de donner au juge national une réponse utile, compte tenu des observations écrites et orales présentées devant elle (209).

Un renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'un acte communautaire qui n'a pas fait l'objet d'un recours en annulation devant la juridiction communautaire dans le délai prévu à l'article 173, alinéa 5, du Traité CE par une personne ayant *indubitablement* (210) ou *indiscutablement* (211) un intérêt à agir, n'est pas recevable pour des raisons de sécurité juridique (212).

Cette forclusion, récemment introduite, est peu respectueuse des prérogatives du juge national dans le cadre de la procédure préjudicielle, car elle « reviendrait à faire dépendre du comportement procédural d'une partie l'exercice d'une fonction que le traité a entendu expressément réserver au juge et ce serait faire preuve d'une rigueur

(207) C.J.C.E., 11 juillet 1990, *S.A. Sermes c. Directeur des services des douanes de Strasbourg*, aff. C-323/88, *Rec.*, p. I-3027, point 13.

(208) C.J.C.E., 25 octobre 1978, *Royal Scholten Honig (Holdings) Limited c. Intervention Board for Agricultural Produce, Tunnel Refineries Limited c. Intervention Board for Agricultural Produce*, aff. jtes 103 et 145/77, *Rec.*, p. 2037, point 16.

(209) C.J.C.E., 17 avril 1994, *Corsica Ferries Italia SRL c. Corpo dei piloti del porto di Genova*, aff. C-18/93, *Rec.*, p. I-1783, point 11.

(210) C.J.C.E., 30 janvier 1997, *Wiljo*, aff. C-178/95, *Rec.*, p. I-585, point 23.

(211) C.J.C.E., 12 décembre 1996, *The Queen and Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte Accrington Beef Co Ltd e.a.*, aff. C-241/95, *Rec.*, p. I-6699, point 15.

(212) C.J.C.E., 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, aff. C-188/92, *Rec.*, p. I-833 ; 30 janvier 1997, *Wiljo*, aff. C-178/95, *Rec.*, p. I-585.

LE DROIT AU JUGE

excessive que d'accorder en toutes circonstances à la sécurité juridique la prééminence sur l'exigence du respect de la règle de droit » (213).

Ainsi que la Commission l'avait fait remarquer, il n'existe aucun lien de subsidiarité entre le renvoi préjudiciel et le recours en annulation. Un tel lien « obligerait... le juge national, avant d'engager une procédure au titre de l'article 177, à trancher, dans le cadre de l'instance principale, la question préalable consistant à déterminer si l'une des parties au litige aurait pu ou dû attaquer l'acte communautaire en vertu de l'article 173 deuxième alinéa... [p]ar ailleurs, il faudrait craindre en premier lieu qu'une forclusion de la procédure de l'article 177 n'entraîne un afflux de recours préventifs, pour la plupart irrecevables et non fondés » (214). Comme l'avait souligné l'avocat général Slynn, du défaut d'avoir formé, en temps utile, un recours en annulation, « il ne s'ensuit pas que dans des procédures devant une juridiction nationale, où l'annulation n'est pas l'objet du recours, une partie ne puisse pas contester, après l'expiration du délai de deux mois prévu à l'article 173, la validité d'un acte d'une institution ou d'un acte ou d'une procédure d'une autorité nationale qui découle d'un acte communautaire, et dépend de la validité de ce dernier » (215). Aussi a-t-il poursuivi, « [L]es actes d'autorités nationales mettant en œuvre des mesures communautaires sont susceptibles d'être adoptés après un délai de deux mois prévu à l'article 173 et le besoin de sécurité juridique serait poussé trop loin si on excluait d'une manière tout à fait générale que la validité de tels actes puisse être contestée devant les juridictions nationales au motif que la mesure communautaire était elle-même invalide et si on excluait ainsi également un renvoi au titre de l'article 177 dès lors que le délai du recours en annulation est expiré » (216). Et l'avocat général Slynn de conclure : « il ne nous semble pas que, ..., une partie qui aurait pu former un recours en annulation au titre de l'article 173 et ne l'a pas fait, est empêchée de contester la validité d'un acte parce que le délai imparti pour demander l'annulation est expiré » (217).

La Cour elle-même avait déclaré que « la possibilité d'introduire, en vertu de l'article 173 deuxième alinéa du traité, un recours direct contre une décision d'une institution communautaire n'exclut pas celle de former devant une juridiction nationale un recours contre

(213) Observations de la Commission dans l'aff. 59/77, *Ets A. de Bloos SPRL c. Société en commandite par actions « Bouyer »*, Rec., 1977, p. 2359, spéc. p. 2362.

(214) Observations de la Commission dans l'aff. 216/82, *Universität Hamburg c. Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder*, Rec., 1983, p. 2771, spéc. pp. 2782-2783.

(215) Conclusions dans l'aff. 216/82, *Universität Hamburg, Rec.*, 1983, p. 2791, spéc. p. 2796.

(216) *Ibid.*

(217) *Ibid.*, p. 2797.

LE DROIT AU JUGE

un acte d'une autorité nationale exécutant cette décision, en faisant valoir l'illégalité de celle-ci » (218) et avait souligné qu'« [à] l'occasion de pareil recours, dès lors que la solution du litige dépend de la validité de cette décision, le juge national peut interroger la Cour par la voie préjudicielle, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le demandeur au litige principal a ou non la possibilité d'attaquer directement la décision devant la Cour » (219).

Est également irrecevable une demande de décision préjudicielle qui ne correspond pas à *un besoin objectif inhérent à la solution d'un contentieux* (220) que la Cour se réserve le droit d'apprécier, ou qui est formulée à l'occasion d'un litige *artificiel* dont l'existence pourrait être relevée par la Cour (221).

La Cour a récemment rappelé qu'il ne lui appartenait d'apprécier ni la nécessité du renvoi, ni la pertinence de la question posée (222), et qu'elle n'avait pas, en principe, « à s'interroger sur les circonstances dans lesquelles les juridictions nationales ont été amenées à lui poser les questions et se proposent de faire application de la disposition de droit communautaire qu'elles lui ont demandé d'interpréter » (223). De même, elle a souligné que c'est au juge national d'apprécier si une décision sur une question de droit communautaire soulevée devant lui est nécessaire pour rendre son jugement et, partant, de demander à la Cour de statuer sur cette question. « Il incombe alors à celle-ci, dans le cadre de la coopération étroite avec les juridictions nationales établie

(218) C.J.C.E., 21 mai 1987, *Walter Rau Lebensmittelwerke*, aff. jtes 133-136/85, *Rec.*, p. 2289, point 12.

(219) *Ibid.*, point 11.

(220) C.J.C.E., 16 décembre 1981, *Foglia/Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045, point 18. Voy., également, C.J.C.E., ordonnance du 26 janvier 1990, *Falciola Angelo*, aff. C-286/88, *Rec.*, p. I-191, point 9, « besoin objectif pour la solution du litige au principal » ; ordonnance du 16 mai 1994, *Monin Automobiles*, aff. C-428/93, *Rec.*, p. II-1707, point 15, « besoin objectif pour la décision que le juge-commissaire doit prendre » ; 15 juin 1995, *Zabala Erasun*, aff. jtes C-422, 423 et 424/93, *Rec.*, p. I-1567, point 29, « besoin inhérent à la solution effective d'un contentieux ».

(221) C.J.C.E., 11 mars 1980, *Foglia/Novello*, aff. 104/79, *Rec.*, p. 745 ; 16 décembre 1981, *Foglia/Novello*, aff. 244/80, *Rec.*, p. 3045 ; 14 janvier 1981, *Chemical Farmaceutici*, aff. 140/79, *Rec.*, p. 1 ; 14 janvier 1981, *Vinal*, aff. 46/80, *Rec.*, p. 77 ; 12 juin 1986, *Bertini*, aff. jtes 98,162 et 258/85, *Rec.*, p. 1885 ; 21 septembre 1988, *Van Eycke*, aff. 267/86, *Rec.*, p. 5769 ; 9 février 1995, *Société d'importation Édouard Leclerc – Siplec c. TFI Publicité SA et M6 Publicité SA*, aff. C-412/93, *Rec.*, p. I-179. Notons que, dans ce dernier arrêt, la Cour considère que « [l]a circonstance que les parties au principal sont d'accord sur le résultat à obtenir n'enlève rien à la réalité de ce litige » (point 14), alors que, dans l'arrêt *Foglia/Novello*, pour établir le caractère artificiel du litige, elle a souligné le fait que les deux parties privées étaient d'accord sur le résultat à atteindre (aff. 104/79, *Rec.*, p. 745, point 10).

(222) C.J.C.E., 16 juillet 1992, *Dirección General de Defensa de la Competencia c. Asociación Española de Banca privada (AEB) e.a.*, aff. C-67/91, *Rec.*, p. I-4785, point 25 ; 6 juillet 1995, *BP Soupergaz*, aff. C-62/93, *Rec.*, p. II-1883, point 10.

(223) C.J.C.E., 5 décembre 1996, *John Reisdorf c. Finanzamt Köln-West*, aff. C-85/95, *Rec.*, p. I-6257, point 15.

LE DROIT AU JUGE

par l'article 177 du traité, de répondre à la question posée » (224). Elle a, cependant, souligné qu'« [il] n'en irait autrement que dans les hypothèses où soit il apparaîtrait que la procédure de l'article 177 du traité a été détournée de son objet et tend, en réalité, à amener la Cour à statuer par le biais d'un litige construit, soit il serait manifeste que la disposition de droit communautaire soumise à l'interprétation de la Cour ne peut trouver à s'appliquer » (225).

Dès 1968, la Cour a estimé être valablement saisie « tant que l'évocation du texte dont il s'agit n'est pas manifestement erronée » (226). Elle a expliqué, quelques années plus tard, que « le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaissait de manière manifeste que l'interprétation du droit communautaire ou l'examen de validité d'une règle communautaire, demandés par cette juridiction, n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige principal » (227). La Cour a précisé par la suite que sa compétence pour répondre aux questions préjudicielles ne saurait être valablement contestée sauf « dans des cas exceptionnels où il est manifeste que la disposition du droit communautaire dont l'interprétation est demandée, n'est pas applicable aux faits du litige au principal » (228). Elle estime, en outre, que sa mission au titre de l'article 177 du traité n'est pas de formuler des opinions sur des questions hypothétiques (229).

Jusqu'à très récemment, le rejet d'un renvoi préjudiciel pour de telles raisons était très rare. La Cour s'est, notamment, déclarée incompétente pour répondre aux questions déférées par une juridiction nationale au motif que l'examen du dossier, la motivation et le libellé de la question posée avaient fait apparaître que celle-ci ne concernait à aucun égard ni l'interprétation du traité, ni la validité ou l'interprétation d'un acte pris par les institutions de la Communauté (230).

Mais la raison principale de la multiplicité des renvois préjudiciels déclarés irrecevables provient de l'exigence, récemment introduite dans

(224) C.J.C.E., 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt GmbH*, aff. C-306/93, *Rec.*, p. I-5555, point 15.

(225) *Ibid.*, point 16.

(226) C.J.C.E., 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.*, p. 661.

(227) C.J.C.E., 16 juin 1981, *Salonia*, aff. 126/80, *Rec.*, p. 1563, spéc. pp. 1573-1577. Voy., également, C.J.C.E., ordonnance du 26 janvier 1990, *Falciola Angelo SpA*, aff. C-286/88, *Rec.*, p. I-191 ; 28 mars 1996, *Rafael Ruiz Bernáldez*, aff. C-129/94, *Rec.*, p. I-1829, point 7 ; 13 décembre 1994, *SMW Winzersekt GmbH*, aff. C-306/93, *Rec.*, p. I-5555, point 15.

(228) C.J.C.E., 26 septembre 1985, *Thomasdünger*, aff. 166/84, *Rec.*, p. 3004, spéc. p. 3009.

(229) C.J.C.E., 22 novembre 1978, *Matheus-Doego*, aff. 93/78, *Rec.*, p. 2203 ; 3 février 1983, *Robards*, aff. 149/82, *Rec.*, p. 171.

(230) C.J.C.E., ordonnance du 27 juin 1979, aff. 105/79, *Rec.*, p. 2257 ; ordonnance du 12 mars 1980, aff. 68/80, *Rec.*, p. 771. Voy., également, C.J.C.E., 9 octobre 1997, *Martino Grado*, aff. C-291/96, *Rec.*, p. I-5531.

LE DROIT AU JUGE

la jurisprudence de la Cour, relative à la motivation des ordonnances prises par le juge interne. Durant les trois premières décennies de l'application de l'article 177, la Cour n'a jamais déclaré irrecevable une ordonnance de renvoi préjudiciel pour défaut ou insuffisance de motivation. Depuis 1982, elle explique que l'exigence de fournir des renseignements relatifs au litige au principal et de motiver la demande de décision préjudicielle correspond à un double souci : celui de permettre à la Cour de donner des réponses utiles et aux gouvernements des États membres et aux autres parties intéressées la possibilité de présenter utilement leurs observations (231). En 1993, dans l'affaire *Telemarsicabruzzo*, la Cour a estimé, pour la première fois, qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les questions posées, au motif qu'elle n'était pas suffisamment informée des faits à l'origine du litige au principal (232). Pour que la Cour soit en mesure de répondre utilement, il faut que le juge de renvoi définisse, sous peine d'irrecevabilité de son ordonnance, « le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou qu'à tout le moins il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées » (233). En l'absence de telles précisions, le déclinatoire de compétence de la Cour et le rejet du renvoi comme irrecevable sont normalement prononcés par voie d'ordonnance.

Ainsi, elle déclare irrecevable une demande de décision préjudicielle au motif que le juge de renvoi « n'indique ni le contenu des dispositions de la législation nationale à laquelle il se réfère, ni les raisons précises qui le conduisent à s'interroger sur leur compatibilité avec le droit communautaire et à estimer nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour. En cela, les indications de l'ordonnance de renvoi, par leur référence trop imprécise aux situations de droit et de fait visées par le juge national, ne permettent pas à la Cour de donner une interprétation utile du droit communautaire » (234). La Cour n'est pas en mesure de donner une interprétation utile du droit communautaire, ce qui la conduit à déclarer la demande préjudicielle irrecevable, lorsque l'ordonnance de renvoi « ne contient pas de questions précises... ne permet pas

(231) C.J.C.E., 1^{er} avril 1982, *Holdijk*, aff. jtes 141, 142 et 143/81, *Rec.*, p. 1299 ; ordonnance du 23 mars 1995, *Saddik*, aff. C-458/93, *Rec.*, p. I-511 ; ordonnance du 19 juillet 1996, *Modesti*, aff. C-191/96, *Rec.*, p. I-3939.

(232) C.J.C.E., 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo*, aff. jtes C-320 et C-321/90, *Rec.*, p. I-393.

(233) *Ibid.*, point 6.

(234) C.J.C.E., ordonnance du 19 mars 1993, *Banchero*, aff. C-157/92, *Rec.*, p. I-1086, point 6. Voy., également, ordonnance du 23 mars 1995, *Saddik*, aff. C-458/93, *Rec.*, p. I-511 ; ordonnance du 2 février 1996, *Bresle*, aff. C-257/95, *Rec.*, p. I-235 ; ordonnance du 20 mars 1996, *Carlo Sunino*, aff. C-2/96, *Rec.*, p. I-1545 ; ordonnance du 25 juin 1996, *Italia Testa*, aff. C-101/96, *Rec.*, p. I-3081 ; ordonnance du 19 juillet 1996, *Modesti*, aff. C-191/96, *Rec.*, p. I-3939 ; ordonnance du 19 juillet 1996, *Lahlou*, aff. C-196/96, *Rec.*, p. I-3947.

LE DROIT AU JUGE

de déceler avec certitude les questions sur lesquelles le juge national souhaite que la Cour se prononce à titre préjudiciel et ne comporte pas d'indications suffisantes » pour répondre aux exigences relatives à la définition du cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent ces questions ou à l'application des hypothèses factuelles sur lesquelles elles sont fondées (235). De même, la Cour rejette comme irrecevable une demande de décision préjudicielle contenue dans une ordonnance de renvoi qui se borne à poser les questions « sans fournir quelque indication que ce soit sur leur fondement » (236) et lorsque « l'ordonnance de renvoi ne comporte que l'énoncé des questions préjudicielles » (237).

Dans l'affaire *Banco de Fomento e Exterior*, la Cour a rejeté comme manifestement irrecevables les questions préjudicielles qui lui avaient été soumises au motif que « la décision de renvoi ne contient aucune indication donnée par le juge national quant à la situation de fait et de droit de l'affaire dont il est saisi, ni les raisons pour lesquelles il estime que les réponses aux questions préjudicielles énoncées par les défenderesses au principal seraient nécessaires à la solution du litige. Le cadre factuel et réglementaire ne pourrait être établi que par une analyse des mémoires des parties au principal » (238). Une deuxième tentative, par le même juge de renvoi dans la même affaire, d'obtenir une décision préjudicielle de la part de la Cour a subi un sort identique, et pour les mêmes raisons, à celui de la première (239).

III. – CONCLUSION

Dans un arrêt célèbre, la Cour a déclaré que la Communauté européenne « est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité. Spécialement, par ses articles 173 et 184, d'une part, et par son article 177, d'autre part, le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions. Les personnes physiques et morales sont ainsi protégées contre l'application à leur égard des actes à portée générale qu'elles ne peuvent

(235) C.J.C.E., ordonnance du 21 décembre 1995, *Max Mara*, aff. C-307/95, *Rec.*, p. I-5085.

(236) C.J.C.E., ordonnance du 26 avril 1993, *Monin Automobiles*, aff. C-386/92, *Rec.*, p. I-2049, point 8.

(237) C.J.C.E., ordonnance du 9 août 1994, *La Pyramide SARL*, aff. C-378/93, *Rec.*, p. I-4001.

(238) C.J.C.E., ordonnance du 13 mars 1996, *Banco de Fomento e Exterior*, aff. C-326/95, *Rec.*, p. I-1385, point 11.

(239) C.J.C.E., ordonnance du 30 juin 1997, *Banco de Fomento e Exterior*, aff. C-66/97, *Rec.*, p. I-3757.

LE DROIT AU JUGE

attaquer directement devant la Cour en raison des conditions particulières de recevabilité spécifiées à l'article 173, alinéa 2, du traité. Lorsque la mise en œuvre administrative de ces actes appartient aux institutions communautaires, les personnes physiques et morales peuvent introduire un recours direct devant la Cour contre les actes d'application dont elles sont les destinataires ou qui les concernent directement et individuellement et invoquer à l'appui de ce recours, l'illégalité de l'acte général de base. Lorsque cette mise en œuvre incombe aux instances nationales, elles peuvent faire valoir l'invalidité des actes à portée générale devant les juridictions nationales et amener celles-ci à interroger à cet égard la Cour par voie de questions préjudicielles » (240).

Pendant, même si les compétences attribuées à la juridiction communautaire paraissent suffisantes pour assurer une protection juridictionnelle efficace aux justiciables, elles ne sont que dérisoires lorsque l'accès au prétoire rencontre des écueils tenant aux exigences rigoureuses relatives à l'intérêt pour agir.

La Cour de justice a, pendant les premières décennies de la Communauté, favorisé l'introduction des recours devant les juridictions nationales en invitant ces dernières à faire un usage fréquent et constant du renvoi préjudiciel. Une jurisprudence concomitante à cette orientation a restrictivement interprété les conditions de recevabilité des recours individuels devant la juridiction communautaire.

Depuis quelques années, cette tendance semble quelque peu modifiée. Le caractère normatif d'un acte de portée générale ne paraît plus être de nature à exclure, en toutes circonstances, un recours en annulation par un particulier (241) ; les personnes autres que les destinataires potentiels d'un acte que l'institution communautaire s'est abstenue d'adopter peuvent introduire un recours en carence ; l'indemnisation du préjudice subi en raison de la violation du droit communautaire devrait être plus facile à obtenir.

En revanche, les exigences, de plus en plus strictes, relatives à la recevabilité du renvoi préjudiciel pourraient reléguer au second plan cette procédure de coopération judiciaire qui a été un viatique incontestable pour la protection juridictionnelle des justiciables communautaires.

(240) C.J.C.E., 23 avril 1986, *Parti écologiste « les Verts » c. Parlement européen*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339, point 23.

(241) Même si une ouverture plus large du prétoire est souhaitée, notamment en matière de protection des droits fondamentaux. Voy., p. ex., F. SCHOCKWEILER, « L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire », *J.T.-dr. eur.*, 1996, p. 1, spéc. p. 8 ; J. C. MOTTINHO DE ALMEIDA, « Le recours en annulation des particuliers (article 173, deuxième alinéa, du Traité CE) : nouvelles réflexions sur l'expression "la concernant... individuellement" », in *Mélanges Everling*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 849, spéc. p. 871.

- 13 -

**LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE
DU JUGE NATIONAL EN SA QUALITÉ
DE JUGE COMMUNAUTAIRE**

Les rapports normatifs entre les ordres juridiques communautaire et national ont été élucidés par la Cour de justice dès les premières années de sa jurisprudence. Celle-ci ne laisse, toutefois, de révéler les difficultés engendrées par les inéluctables conséquences découlant, à tout niveau, de ces rapports. Certes, la primauté du droit communautaire et la vocation de ce dernier à l'applicabilité directe impliquent, inévitablement, un effort d'adaptation de la part des autorités nationales, mais celui exigé des juridictions internes est, à plusieurs égards, véritablement considérable. Ultime arbitre, le juge national se voit adresser par le droit communautaire des directives contraignantes dont la mise en œuvre est, parfois, de nature à modifier son statut par rapport aux autres organes étatiques et à transformer sa fonction à l'intérieur de l'État auquel il appartient.

On n'a, peut-être, pas assez insisté sur le fait que tant la primauté du droit communautaire que son effet direct constituent, avant tout, des interpellations des juridictions nationales. Au nom de la primauté, elles doivent faire prévaloir les dispositions communautaires sur toute norme interne. Dans son arrêt *Costa c. ENEL* (1), la Cour a considéré que, compte tenu de sa spécificité, le droit communautaire ne peut se voir *judiciairement opposer* un texte interne quel qu'il soit (2). En effet, dès cet arrêt, elle a dégagé la primauté du droit communautaire en tant que règle de conflit de normes et a chargé le juge interne de traduire dans les faits la solution préconstituée par elle.

L'applicabilité directe, de par sa définition même, telle qu'elle apparaît dès l'arrêt *Van Gend en Loos* (3), impartit aux juridictions nationales la tâche de sauvegarder les droits tirés par les particuliers des normes communautaires. Toute faille à cet égard de la part du juge semble constituer un écueil fatal, puisque, par une sorte d'apagogie, la Cour de justice

(1) Aff. 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL*, Rec., 1964, p. 1141.

(2) *Ibid.*, p. 1160.

(3) Aff. 26/62, *N.V. Algemene Transport- En Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, Rec., 1963, p. 1.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

considère que le caractère communautaire du droit issu du traité (4) et les bases mêmes de la Communauté (5) seraient ainsi mis en cause.

On le voit aisément, les composantes fondamentales de l'ordre juridique communautaire concernent, en premier lieu, les juridictions internes. Celles-ci voient leur office redéfini en raison des impératifs et exigences commandant la mise en œuvre du droit communautaire. Cette redéfinition va, nonobstant toute contrainte de nature interne, dans le sens de la reconnaissance d'une plénitude de compétence et de juridiction au juge national en sa qualité de juge communautaire.

Pour s'en convaincre, il suffit de relire l'arrêt *Simmenthal* (6) qui, par ses apophtegmes, demeure le confluent le plus illustratif des derniers prolongements et des ultimes implications, sur le plan judiciaire interne, de la soudure de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire. La Cour de justice y a, dans un langage péremptoire, emphatiquement souligné qu'il incombe au juge interne d'appliquer intégralement le droit communautaire et de faire, « au moment même de cette application » (7) et « de sa propre autorité » (8), tout ce qui est nécessaire pour écarter une disposition nationale contraire, nonobstant tout obstacle de nature interne, législative, administrative ou judiciaire qui, éventuellement, s'y opposerait (9). Une telle prise de position constitue, en fait, une consécration de la plénitude de compétence du juge national appréhendé comme juge communautaire.

Un aspect de cette plénitude de compétence, le juge national l'a déjà rencontré à propos du renvoi préjudiciel. On se souvient que, dans l'arrêt *Rheinmühlen* (10), la Cour a déclaré qu'« une règle de droit national, liant les juridictions ne statuant pas en dernière instance à des appréciations portées en droit par la juridiction supérieure, ne saurait enlever à ces juridictions la faculté de saisir la Cour de justice de questions d'interprétation du droit communautaire concerné par de telles appréciations en droit » (11). En d'autres termes, le juge interne, en sa qualité de juge communautaire, a le droit de recourir à la procédure des questions préjudicielles nonobstant toute règle de droit national dont l'effet serait,

(4) Aff. 6/64, *Flaminio Costa c. ENEL, Rec.*, 1964, p. 1141, spéc. p. 1160.

(5) Aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal, Rec.*, 1978, p. 629, spéc. p. 644.

(6) *Ibid.*, p. 629.

(7) *Ibid.*, p. 644.

(8) *Ibid.*, p. 645.

(9) Cette solution a été récemment réitérée par rapport à une convention collective de travail, voy. aff. C-184/89, *Helga Nimz c. Freie und Hansestadt Hambourg, Rec.*, 1991, p. I-297.

(10) Aff. 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Rec.*, 1974, p. 33.

(11) *Ibid.*, pp. 38-39.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

par le truchement de l'autorité attachée à une décision d'une juridiction supérieure, comme en l'espèce, d'en exclure l'exercice. Il est indéniable, comme l'a observé le professeur J. Boulouis, que, par sa décision, la Cour de justice « relativise la dépendance hiérarchique des juridictions inférieures » (12). Mais, dans l'accomplissement de sa fonction communautaire, tout juge interne doit pouvoir bénéficier du concours de la Cour de justice afin de rendre des jugements conformes au droit communautaire, et c'est cette considération qui explique la prise de position de la Cour.

Ainsi, le juge national doit pouvoir, conformément à l'arrêt *Simmenthal* (13), faire tout ce qui est nécessaire – notamment écarter toute disposition interne contraire – pour assurer une application immédiate du droit communautaire et, en vertu de l'arrêt *Rheinmühlen* (14), saisir la Cour de justice à titre préjudiciel sans qu'une règle de droit interne ne puisse l'en empêcher. L'arrêt *Foto-Frost* (15) qui, par une lecture perverse de l'article 177 du traité, ampute le juge interne d'un pouvoir qu'il détient de ce dernier et lui impose, dans certaines circonstances, une obligation de renvoi en matière d'appréciation de validité, s'accorde mal avec la conception de la plénitude de compétence du juge interne, placé désormais sous tutelle et maintenu dans un état d'incapacité partielle, mais permanente.

La plénitude de compétence du juge interne telle qu'elle apparaît, notamment, dans les arrêts *Rheinmühlen* et *Simmenthal* revient, en fait, à exclure, pour autant qu'il s'agit de l'application du droit communautaire, l'intervention d'une juridiction nationale spécialisée lorsqu'une autre juridiction est principalement saisie de l'affaire. Cette plénitude comporte, en outre, une incidence sur les rapports entre les deux ordres de juridiction – judiciaire et administratif – dans les États membres qui connaissent cette dualité. À l'instar du *pretore* italien qui devait, sans saisir la Cour constitutionnelle, trancher lui-même la question de la compatibilité d'une loi postérieure avec le droit communautaire et écarter la première au profit du second, le juge judiciaire français, devant lequel est contestée, par la voie de l'exception, la légalité au regard du traité d'un acte administratif interne, ne devrait-il pas statuer lui-même sans renvoyer la question de l'appréciation de cette légalité devant la juridiction administrative (16) ? En d'autres termes, le juge compétent

(12) J. BOULOUIS, *Ann. fr. dr. intern.*, 1974, p. 425.

(13) Précité.

(14) Précité.

(15) Aff. 314/84, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Rec.*, 1987, p. 4199.

(16) Voy., p. ex., les arrêts du Conseil d'État du 11 décembre 1987 dans l'affaire *Villard, Lebon*, p. 411 ; *Rev. fr. dr. admin.*, 1988, p. 458, conclusions M^{me} LAROQUE et dans l'affaire *Danielou, Lebon*, p. 408 ; *Rev. fr. dr. admin.*, 1988, p. 452, conclusions M^{me} LAROQUE. Dans l'affaire

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

pour connaître au principal d'un litige donné doit être investi de tous les pouvoirs nécessaires pour résoudre, lui-même, toute question relative au droit communautaire soulevée à l'occasion du litige, y compris celle concernant la conformité au traité des dispositions du droit interne.

Si la protection des droits, fussent-ils communautaires, créés au profit des particuliers, est la fonction naturelle des juridictions internes, on peut se demander si la primauté du droit communautaire n'aurait pas dû être formulée, avant tout, à l'intention du législateur national. En effet, la primauté s'attache au conflit de compétences autant qu'au conflit de normes. En empruntant cette formule à M. B. Genevois (17), ne peut-on soutenir que, lorsque le législateur a méconnu le traité par l'adoption des dispositions incompatibles avec ce dernier, le juge interne n'est ni coauteur ni complice de cette violation, mais en est, lui aussi, victime ? Dans cette perspective, il convient, en effet, de remonter à la source de l'infraction au droit communautaire pour atteindre l'auteur de celle-ci. Il importe, par conséquent, de s'adresser à l'autorité dont émane l'acte en question pour lui imposer une obligation précise, et ne pas se contenter d'ériger le juge en dernier rempart en cas d'une telle violation et de lui enjoindre d'écartier, tout simplement, la disposition nationale contraire.

Quelle qu'ait pu être, à cet égard, l'incertitude créée par les arrêts *Code du travail maritime* (18) et *Expéditeurs en douane* (19), on peut constater que la jurisprudence de la Cour de justice s'oriente vers une solution qui va au-delà de l'inapplicabilité judiciaire des règles nationales incompatibles avec le traité. Dans un arrêt *Commission*

Villard, le Conseil d'État a été saisi à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 23 février 1984 (non publié) se déclarant incompétente pour apprécier la légalité d'un arrêté interministériel. Il ne semble pas que l'incompatibilité de cet arrêté avec le droit communautaire ait été soulevée devant les juridictions judiciaires, mais le commissaire du gouvernement a considéré que le moyen tiré de la violation de la réglementation communautaire était d'ordre public et devait, par conséquent, être examiné. Le Conseil d'État a jugé l'arrêté attaqué illégal pour violation à la fois d'une loi interne et d'un règlement communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice. Dans l'affaire *Danielou*, le dossier a été transmis au Conseil d'État compétent pour connaître d'un recours en appréciation de légalité d'un acte réglementaire d'un ministre, par jugement du Tribunal administratif de Rennes du 26 janvier 1984 (non publié) devant lequel M. DANIELOU a contesté la légalité de deux arrêtés interministériels à la suite du jugement de sursis à statuer rendu le 8 juin 1982 par le Tribunal de grande instance de Saint-Brieuc (non publié) pour permettre à la juridiction administrative de statuer sur la légalité desdits arrêtés. Le Conseil d'État a déclaré les deux arrêtés illégaux, l'un pour vice de forme, l'autre pour incompétence pour méconnaissance d'un règlement communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Sur le renvoi préjudiciel en droit interne, voy. J.-F. FLAUS, *Les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire*, thèse, Strasbourg, 1976.

(17) B. GENEVOIS, observations sous C.E., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*, A.J.D.A., 1980, jur., p. 39, spéc. p. 44.

(18) Aff. 167/73, *Commission c. France*, Rec., 1974, p. 359.

(19) Aff. 159/78, *Commission c. Italie*, Rec., 1979, p. 3247.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

c. *Italie* (20), on peut, en effet, lire que « la primauté et l'effet direct des dispositions du droit communautaire ne dispensent pas les États membres d'éliminer de leur ordre juridique interne les dispositions incompatibles avec le droit communautaire » (21). Notons qu'en l'espèce, l'incompatibilité avec le droit communautaire de la disposition nationale en cause découlait d'un arrêt préjudiciel rendu auparavant par la Cour de justice (22). L'obligation d'abrogation formelle d'une mesure nationale contraire existe, *a fortiori*, dans le cas d'un arrêt en constatation de manquement. Dans une autre affaire *Commission c. Italie* (23), la Cour de justice a, en effet, clairement déclaré que l'exécution correcte d'un tel arrêt comporte la suppression des dispositions nationales incriminées (24). Une telle obligation pouvait déjà être déduite de l'arrêt *Waterkeyn* (25) dans lequel la Cour avait considéré que, « dans le cas où l'arrêt constate l'incompatibilité avec le traité de certaines dispositions législatives d'un État membre, il entraîne, pour les autorités participant à l'exercice du pouvoir législatif, l'obligation de modifier les dispositions en cause, de manière à les rendre conformes aux exigences du droit communautaire » (26).

Mais, en présence d'un arrêt en constatation de manquement, et avant même que le législateur n'abroge ou ne modifie, pour la rendre conforme au traité, la disposition nationale condamnée par la Cour, le juge interne est tenu, aussitôt et en tout état de cause, d'en écarter immédiatement l'application. En effet, il résulte de l'arrêt *Commission c. Italie* (27) que l'autorité d'un tel arrêt implique, dès son prononcé, « pour les autorités nationales compétentes » – expression qui inclut manifestement les juridictions internes – (28) « prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité » (29). De même, la Cour a déclaré, dans l'arrêt *Waterkeyn* (30), que « les juridictions de l'État concerné ont l'obligation d'assurer le respect de

(20) Aff. 104/86, *Rec.*, 1988, p. 1799.

(21) *Ibid.*, p. 1817.

(22) Aff. 199/82, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio, Rec.*, 1983, p. 3595.

(23) Aff. 225/86, *Rec.*, 1988, p. 2271.

(24) *Ibid.*, p. 2278.

(25) Aff. jtes 314 à 316/81 et 83/82, *Procureur de la République et Comité national de défense contre l'alcoolisme c. Ales Waterkeyn e.a., Rec.*, 1982, p. 4337.

(26) *Ibid.*, p. 4360.

(27) Aff. 48/71, *Rec.*, 1972, p. 529.

(28) Voy. M.-F. GAYET et D. SIMON, « Constatation de manquement et effet direct du droit communautaire, observations sous l'arrêt 48/71, *Commission c. Italie* », *C.D.E.*, 1973, p. 298, spéc. p. 322.

(29) Aff. 48/71, *Rec.*, 1972, spéc. p. 534.

(30) Précité.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

l'arrêt dans l'exercice de leur mission » (31) et d'en « tirer les conséquences » (32). En d'autres termes, un arrêt en constatation de manquement implique, par lui-même, l'interdiction immédiate d'appliquer la disposition nationale incriminée avant même que n'intervienne son abrogation formelle. Mais une telle obligation d'abrogation formelle incombe désormais incontestablement au législateur, l'inapplicabilité judiciaire n'étant qu'un remède partiel et provisoire.

Quel que soit le procédé par lequel est établie l'incompatibilité d'une règle nationale avec le droit communautaire, ce dernier n'interdit pas aux juridictions internes d'adopter une solution plus radicale que celle de l'inapplicabilité. Il résulte, notamment de l'arrêt *Lück* (33), que ces juridictions peuvent choisir, en cas de besoin, parmi les solutions existant en droit interne, celles qu'elles estiment les mieux appropriées pour la sauvegarde des droits conférés aux justiciables par le traité. À cet égard, l'arrêt *Ford España* (34) vient de rappeler, alors que la juridiction de renvoi a expressément interrogé la Cour sur l'éventuelle *nullité* d'une mesure nationale antérieure incompatible avec le traité, que l'obligation imposée par le droit communautaire au juge interne dans une telle hypothèse n'est que de laisser *inappliquée* la disposition nationale en cause.

En cas de contradiction apparente entre le droit communautaire et le droit national, la jurisprudence de la Cour de justice impose au juge interne l'obligation, avant d'écarter l'application de la mesure nationale, de tenter une conciliation entre les deux par le biais d'une interprétation conforme. Ainsi, s'agissant d'une disposition du traité, la Cour a déclaré, dans son arrêt *Murphy* (35), qu'« il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire » (36). Une obligation semblable existe en matière des directives communautaires. Mais, dans cette hypothèse, il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'une mesure nationale prise pour la transposition de la directive en droit interne ou de toute autre mesure nationale. Dans le premier cas, la Cour a déclaré, dans son arrêt *von Colson et Kamann* (37), que l'obligation d'interprétation conforme existe dans le

(31) *Rec.*, 1982, pp. 4360-4361.

(32) *Ibid.*, p. 4361.

(33) Aff. 34/67, *Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Koln-Rheinau*, *Rec.*, 1968, p. 359.

(34) Aff. 170/88, *Ford España SA c. Estado español*, *Rec.*, 1989, p. 2305 (publication sommaire).

(35) Aff. 157/86, *Mary Murphy e.a. c. An Bord Telecom Eiremann*, *Rec.*, 1988, p. 673.

(36) *Ibid.*, p. 690.

(37) Aff. 14/83, *Sabine von Colson et Elizabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, *Rec.*, 1984, p. 1891.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

chef du juge interne « dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national » (38). Dans le second cas, la Cour a estimé dans l'arrêt *Marleasing* (39) « qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité » (40). Il convient de noter que, dans cette dernière prise de position, la Cour ne fait plus référence à la marge d'appréciation reconnue au juge par son droit national, qui figurait dans ses arrêts *Murphy* et *von Colson et Kamann*, la remplaçant par une expression plus large et plus ambiguë : « dans toute la mesure du possible ». On peut également observer que si, dans l'arrêt *Murphy*, la Cour indique au juge interne que, dans le cas d'une impossibilité d'interprétation conforme, il lui appartient de laisser inappliquée la règle nationale contraire, une telle obligation n'est mentionnée ni dans l'arrêt *von Colson et Kamann*, ni dans l'arrêt *Marleasing*. Nous l'avons vu, l'arrêt *Murphy* concernait une disposition du traité, tandis que, dans les deux dernières décisions, il s'agissait de directives communautaires. Pourtant, au moins dans une situation verticale, comme celle présentée dans l'affaire *von Colson et Kamann*, la primauté du droit communautaire s'impose et la mesure nationale, insusceptible d'interprétation conforme à une directive, devrait être, semble-t-il, elle aussi, écartée par le juge lorsque la directive contient des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises et que le délai prescrit pour sa transposition en droit interne s'est écoulé. En revanche, compte tenu de la jurisprudence *Marshall* (41), telle qu'explicitée par l'arrêt *Foster* (42), il apparaîtrait que, lorsqu'une conciliation entre une mesure nationale et une directive communautaire, par la technique de l'interprétation conforme, s'avère impossible, le juge interne ne pourrait qu'appliquer son droit national (43).

(38) *Ibid.*, p. 1909.

(39) Aff. C-106/89, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de Alimentación SA, Rec.*, 1990, p. I-4135.

(40) *Ibid.*, point 8.

(41) Aff. 152/84, *M.H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), Rec.*, 1986, p. 723.

(42) Aff. C-188/89, *A. Foster e.a. c. British Gas plc, Rec.*, 1990, p. I-3313. Voy., également, D. CURTIN, « The province of government: delimiting the direct effect of directives in the Common law context », *E.L. Rev.*, 1990, p. 195.

(43) Pourtant, dans l'affaire *Marleasing*, précitée, la Cour a confirmé, d'abord, son arrêt *Marshall*, mais a ensuite déclaré que le juge était tenu d'interpréter une loi interne antérieure d'une manière déterminée de sorte que la directive en question était en fait appliquée directement

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

La jurisprudence de la Cour révèle cependant une hypothèse dans laquelle l'obligation d'interprétation conforme est estompée. En effet, les principes généraux de droit, faisant partie du droit communautaire, notamment la sécurité juridique et la non-rétroactivité, sont de nature à exclure cette obligation. Des arrêts *Pretore de Salo* (44) et *Kolpinghuis Nijmegen* (45), il résulte « qu'une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne prise par un État membre pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions » (46). Le juge est, par conséquent, libéré de l'obligation d'interprétation conforme de la disposition interne dans le cas où une telle interprétation aboutirait à créer une nouvelle infraction pénale ou à aggraver une infraction préexistante. Évoquant cette jurisprudence, l'avocat général Jacobs a considéré, dans ses conclusions sous l'arrêt *Vessoso et Zanetti* (47), que « des principes analogues s'appliquent lorsqu'un État membre a introduit une loi en vue d'exécuter une directive mais que cette loi, tout en prévoyant la responsabilité pénale, ne spécifie pas clairement et sans ambiguïté toutes les circonstances qui déterminent la responsabilité en question » (48). Selon l'avocat général, le juge interne ne serait pas tenu, au nom du droit communautaire, d'interpréter le droit national à la lumière de la lettre et de la finalité de la directive lorsqu'une telle interprétation aurait pour effet de créer une responsabilité pénale qui n'existerait pas autrement (49). Pourtant, dans le passé, la Cour avait dénié au droit pénal une immunité particulière quant à l'incidence de l'application du droit communautaire. Dans son arrêt *SAIL* (50), elle a, en effet, déclaré que « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets » (51).

La primauté du droit communautaire, en vertu de laquelle l'application de toute norme interne incompatible avec le traité doit être écartée, n'est souvent qu'un prélude à l'exercice par le juge national de sa fonction communautaire. Celle-ci est essentiellement définie par l'applicabi-

dans un litige soi-disant horizontal. Voy., également, S. PRECHAL, « Remedies after Marshall », *Comm. M.L.Rev.*, 1990, p. 451 ; D. CURTIN, « Directives the effectiveness of judicial protection of individual rights », *Comm. M.L.Rev.*, 1990, p. 709.

(44) Aff. 14/86, *Pretore di Salo c. X*, *Rec.*, 1987, p. 2545.

(45) Aff. 80/86, *Procédure pénale c. Kolpinghuis Nijmegen BV*, *Rec.*, 1987, p. 3969.

(46) *Rec.*, 1987, p. 2570 et p. 3986.

(47) Aff. jtes C-206/88 et C-207/88, *Rec.*, 1990, p. 1-1461.

(48) *Ibid.*, p. I-1471.

(49) *Ibid.*

(50) Aff. 82/71, *Rec.*, 1972, p. 119.

(51) *Ibid.*, p. 136.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

lité directe. Assurer la sauvegarde des droits conférés aux particuliers par le traité peut revêtir des formes diverses. Pour l'essentiel, la Cour de justice, par un souci de ne pas s'immiscer dans l'organisation des voies de droit internes, s'est contentée de fournir aux juridictions internes des indications relativement abstraites et générales. Ainsi, dans l'arrêt *Salgoil* (52), lorsque la Cour a été interrogée, en substance, sur la qualification – comme droits subjectifs ou intérêts légitimes – des droits tirés par les particuliers des articles 30 et suivants du Traité CEE – dichotomie qui détermine, en droit italien, la compétence respective des juridictions judiciaires et administratives, – elle s'est refusée à procéder à des qualifications juridiques au regard du droit interne. Elle a précisé, toutefois, que la protection des justiciables incombant aux juridictions nationales doit être directe et immédiate « quel que puisse être le rapport existant en droit interne entre ces intérêts et l'intérêt public... » (53). La Cour a ajouté « qu'il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer cette protection et, à cet effet, de décider comment la position individuelle ainsi protégée doit être qualifiée » (54). De même, la détermination du caractère fiscal, ou non, du prélèvement de coresponsabilité dans le secteur du lait, instauré par un règlement communautaire, en cause dans l'affaire *Bozzetti* (55), devait déterminer le partage de compétence, conformément au droit italien, entre le *pretore* et le tribunal. En déclarant qu'il lui appartient d'« indiquer au juge national les éléments du droit communautaire qui peuvent concourir à la solution du problème de compétence qui se pose à lui » (56), sans pour autant « intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire » (57), la Cour a souligné « que les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective » aux droits tirés des normes communautaires (58).

En d'autres termes, la fonction confiée aux juridictions nationales se présente sous la forme d'une sorte d'obligation de résultat, celle d'assurer aux justiciables une protection directe, immédiate et effective. Les procédés et les moyens pour y parvenir sont puisés dans l'ordre

(52) Aff. 13/68, *Société par actions Salgoil c. Ministère du Commerce extérieur de la République italienne*, Rec., 1968, p. 661.

(53) *Ibid.*, p. 675.

(54) *Ibid.*, pp. 675-676.

(55) Aff. 179/84, *Piercarlo Bozzetti c. Invemizzi SpA et Ministère du Trésor*, Rec., 1985, p. 2301.

(56) *Ibid.*, p. 2318.

(57) *Ibid.*

(58) *Ibid.*, pp. 2317-2318.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

juridique interne conformément au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale dont bénéficient, en général, les autorités des États membres dans l'application et la mise en œuvre du droit communautaire.

Néanmoins, en dépit de l'évidente et compréhensible réticence manifestée par la Cour de justice quant à la définition concrète de la protection due aux particuliers et à la nature des recours juridictionnels devant pouvoir être exercés par eux, la jurisprudence a progressivement apporté des enseignements relativement précis dans ce domaine. Ainsi, nous l'avons déjà noté, l'inapplicabilité du droit national contraire, en tant que conséquence minimale de l'effet direct du droit communautaire, doit permettre aux justiciables de s'opposer à l'application d'une telle disposition nationale, du moins par la voie de l'exception. L'arrêt *Heylens* (59) va au-delà de cette solution et paraît consacrer le droit des particuliers, conformément, semble-t-il, aux règles nationales relatives à la qualité et à l'intérêt pour agir, de contester par la voie de l'action la compatibilité d'une mesure interne avec le droit communautaire. En effet, la Cour a déclaré dans son arrêt, s'agissant d'une décision nationale prétendue contraire au principe de la liberté de circulation des travailleurs, que « l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice de ce droit est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit » (60). « Une telle décision », a-t-elle ajouté, « doit être susceptible de recours de nature juridictionnelle permettant de vérifier sa légalité par rapport au droit communautaire » (61). C'est, semble-t-il, la reconnaissance de l'ouverture d'un recours en annulation contre toute mesure nationale prétendue contraire au droit communautaire dans le cadre d'un contrôle de légalité élargie, intégrant les règles communautaires, avec le rang qui est le leur, dans l'ordonnement juridique national.

Mais, au contrôle juridictionnel de la conformité au traité des règles du droit national dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, ou en tant que moyen de défense, s'ajoute le droit au remboursement des sommes indûment perçues par l'introduction d'une action en répétition de l'indu. Très clairement, la Cour de justice a déclaré, dans son arrêt *Deville* (62), que, « lorsqu'une taxe nationale frappant un contribuable... a été perçue en violation du traité, l'obligation de remboursement qui

(59) Aff. 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres professionnels du football (Unectef) c. Georges Heylens e.a.*, *Rec.*, 1987, p. 4097.

(60) *Ibid.*, p. 4117.

(61) *Ibid.*, p. 4118.

(62) Aff. 240/87, *C. Deville c. Administration des Impôts*, *Rec.*, 1988, p. 3513.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

incombe à l'État membre concerné découle de l'effet direct de la disposition communautaire à laquelle il a été porté atteinte » (63). En effet, la Cour a considéré, dans son arrêt *San Giorgio* (64), que « le droit d'obtenir le remboursement de taxes perçues par un État membre en violation des règles du droit communautaire est la conséquence et le complément des droits conférés aux justiciables par les dispositions communautaires interdisant les taxes d'effet équivalent aux droits de douane ou, selon le cas, l'application discriminatoire de taxes intérieures » (65). En d'autres termes, l'existence d'une voie de droit permettant aux justiciables de former un recours en répétition de l'indu pour réclamer le remboursement des montants acquittés contrairement au traité, et l'obligation corrélatrice du juge d'enjoindre à l'administration de les restituer, sont des exigences formulées par le droit communautaire (66). La possibilité d'introduire un recours gracieux d'un aboutissement, par ailleurs, incertain ne saurait satisfaire aux exigences du droit communautaire en cas de discrimination fiscale interdite par le traité (67).

Un troisième aspect de la protection par le juge interne des droits engendrés au profit des justiciables par le droit communautaire concerne le contentieux de la responsabilité. La Cour de justice n'a pas encore statué directement sur cette question, mais la jurisprudence contient d'ores et déjà certaines indications à cet égard. Ainsi, dans l'arrêt *Humblet* (68), s'expliquant sur les conséquences découlant d'un arrêt en constatation de manquement, la Cour a déclaré qu'en présence d'un tel arrêt, l'État membre concerné est tenu « aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire » (69). Rapproché de l'affirmation par la Cour dans

(63) *Ibid.*, p. 3527. Voy., également, aff. 199/82, *San Giorgio, Rec.*, 1983, p. 3595, spéc. p. 3612 ; aff. 309/85, *Barra, Rec.*, 1988, p. 355, spéc. p. 376.

(64) Aff. 199/82, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio, Rec.*, 1983, p. 3595.

(65) *Ibid.*, p. 3612.

(66) Sur la répétition de l'indu en droit communautaire, voy., notamment, *La restitution de taxes indûment perçues par l'État*, Colloque de droit européen et de droit comparé, Genève, Georg, 1976 (spéc. les contributions de MM. KARPENSTEIN et MAESTRIPIERI, LELEUX et WAELEBROECK) ; F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 442 ; M. WAELEBROECK, « La nature du droit au remboursement des montants payés contrairement au droit communautaire », in *Mélanges J. Mertens de Wilmars*, Kluwer Rechtswetenschappen Antwerpen, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1982, p. 430 ; A. BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1981, p. 597. Voy., dans le présent recueil, p. 383 ; A. BARAV, « El contencioso sobre restitucion de tributos nacionales recaudados en violacion del derecho comunitario », *Revista de instituciones europeas*, 1989, p. 657.

(67) Aff. C-175/88, *Klaus Biehl c. Administration des contributions du grand-duché de Luxembourg, Rec.*, 1990, p. I-1779, spéc. pp. I-1793-1794.

(68) Aff. 6/60, *Jean-E. Humblet c. État belge, Rec.*, 1960, p. 1125.

(69) *Ibid.*, p. 1146.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

l'arrêt *Commission c. République fédérale d'Allemagne*(70) selon laquelle « l'objectif du traité étant d'aboutir à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées et futures » (71), on peut se demander si, pour atteindre cet objectif et pour assurer une protection effective des droits conférés aux justiciables par le traité, l'ouverture d'un recours tendant à engager la responsabilité de la puissance publique ne devrait pas être reconnue au titre du droit communautaire.

À propos du recours en manquement, la Cour a, en effet, lié l'intérêt d'un arrêt, alors même que le manquement a été éliminé pendant le déroulement de la procédure, à la possibilité d'engager éventuellement la responsabilité de l'État en raison de son manquement « à l'égard d'autres États membres, de la Communauté ou des particuliers » (72), « à l'égard, notamment, des particuliers » (73), « à l'égard, notamment, de ceux qui tirent des droits en conséquence dudit manquement » (74). Cependant, on ne saurait se fonder sur une telle prise de position, quelle que soit la raison de la divergence terminologique à travers laquelle elle a été exprimée, pour établir un droit aux dommages et intérêts en faveur de la victime d'une violation du traité. Dans les arrêts évoqués, la Cour n'entendait que rejeter un argument de nature procédurale tenant à l'absence d'intérêt de la part de la Commission à poursuivre l'État défendeur. Du contexte dans lequel ces affirmations ont été faites, il ressort que la Cour ne visait nullement à aborder la question de l'aménagement d'une voie de droit permettant aux particuliers d'engager la responsabilité de l'État en cas de méconnaissance de ses obligations communautaires. Néanmoins, le langage employé traduit, certes, une idée qui pourrait être concrétisée dans l'avenir.

Indépendamment d'un arrêt en constatation de manquement, la violation du droit communautaire, quelle que soit la manière dont elle est établie, pourrait amener le juge interne à reconnaître la responsabilité de l'État pour le dommage causé par cette violation. En effet, dans

(70) Aff. 70/72, *Rec.*, 1973, p. 813.

(71) *Ibid.*, p. 829.

(72) Aff. 39/72, *Commission c. République italienne*, *Rec.*, 1973, p. 101, spéc. p. 112 ; aff. C-287/87, *Commission c. République hellénique*, point 8 du texte ronéo. Malheureusement, cet arrêt ne fait l'objet que d'une publication sommaire au *Rec.*, 1990, p. I-125 ; aff. C-361/88, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, *Rec.*, 1991, p. I-2567, point 31.

(73) Aff. 309/84, *Commission c. République italienne*, *Rec.*, 1986, p. 599, spéc. p. 609.

(74) Aff. 103/84, *Commission c. République italienne*, *Rec.*, 1986, p. 1759, spéc. p. 1771. Voy., également, aff. 154/85, *Commission c. République italienne*, *Rec.*, 1987, p. 2717 ; aff. 240/86, *Commission c. République hellénique*, *Rec.*, 1988, p. 1835.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

l'arrêt *Russo c. AIMA* (75), la Cour a déclaré qu'au cas où un individu aurait subi un préjudice du fait d'une intervention d'un État membre incompatible avec l'organisation commune de marché, « il incomberait à l'État d'en assumer, à l'égard de la personne lésée, les conséquences dans le cadre des dispositions nationales relatives à la responsabilité de l'État » (76). Si l'on hésite à attribuer une valeur d'obligation générale incombant, à cet égard, au juge national, ce n'est pas au motif que la Cour ne vise ici, explicitement, qu'une violation des règles communautaires relatives à l'organisation commune de marché. La portée qu'il convient de donner à la prise de position de la Cour dans l'affaire *Russo c. AIMA* doit tenir compte du fait qu'elle a statué dans le cadre d'un renvoi préjudiciel formé par un *pretore* italien, lui-même saisi d'un recours en responsabilité dirigé contre une autorité étatique. La Cour a, par conséquent, rendu son arrêt en présupposant l'existence d'un système national permettant, effectivement, d'engager la responsabilité de l'État.

La question de la responsabilité de la puissance publique pour violation du droit communautaire s'était posée dans l'affaire *Enichem* (77). Une des questions soumises à la Cour de justice à titre préjudiciel par le tribunal administratif régional de Lombardie consistait à demander si l'administration était tenue, en vertu du droit communautaire, de réparer un préjudice causé par l'adoption d'une mesure interne non conforme à une directive. La Cour a considéré qu'il n'y avait pas lieu de répondre, en l'espèce, à cette question, au motif que la directive en cause ne conférait aux particuliers aucun droit (78). Actuellement, pendants devant la Cour de justice, sont deux renvois préjudiciels dans les affaires *Francovich* (79) et *Bonifaci* (80) émanant des juridictions italiennes, qui posent la question de savoir si un particulier, ayant subi un préjudice du fait de la non-transposition d'une directive en droit interne a, au titre du droit communautaire, droit à réparation. Ces renvois se situent dans le prolongement de l'arrêt de la Cour constatant le manquement de la République italienne aux obligations qui lui incombent en vertu du traité, en n'adoptant pas les mesures nécessaires

(75) Aff. 60/75, *Carmine Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)*, Rec., 1976, p. 45.

(76) *Ibid.*, p. 56.

(77) Aff. 380/87, *Enichem Base e.a. c. Comune di Cinisello Balsamo*, Rec., 1989, p. 2491.

(78) *Ibid.*, p. 2518.

(79) Aff. C-6/90, *Andrea Francovich c. République italienne*, jointe à l'aff. C-9/90, *Danila Bonifaci e.a. c. République italienne*, Rec., 1991, p. I-5357.

(80) Aff. C-9/90, *Danila Bonifaci e.a. c. République italienne*, jointe à l'aff. C-6/90, *Andrea Francovich c. République italienne*, Rec., 1991, p. I-5357.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

pour l'exécution d'une directive concernant le rapprochement des législations des États membres en matière de protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (81) (82).

La fonction trilogique assignée par le droit communautaire au juge national repose sur un postulat qui, selon le président J. Mertens de Wilmars, conditionne l'appartenance même à la communauté. « Sans doute », écrit l'ancien président de la Cour de justice, « à la base même de la solidarité qui rassemble les États et les peuples dans les Communautés, il y a l'adhésion aux institutions démocratiques qui implique, comme allant de soi, l'existence dans chaque État membre d'organes réalisant l'État de droit. Leur absence ou leur insuffisance notoire signifierait que ne sont pas ou ne sont plus réalisées les conditions de l'appartenance à la Communauté » (83). Et le professeur R. Kovar de remarquer que l'« on doit tenir pour assuré que la nature du droit communautaire suppose un aménagement des voies de droit nationales permettant d'assurer aux particuliers une protection judiciaire efficace » (84).

La conception que se fait la Cour de justice du rôle communautaire des juridictions internes est fondée, en effet, sur une double présomption : l'existence de juridictions compétentes dotées des pouvoirs nécessaires pour assurer la sauvegarde des droits tirés des normes communautaires ; l'existence des voies de recours permettant aux justiciables d'avoir accès aux tribunaux et de revendiquer efficacement la protection de leurs droits. Partant de cette prémisse, la Cour se contente, pour l'essentiel, d'enjoindre aux juridictions nationales d'appliquer, *mutatis mutandis*, au contentieux impliquant le droit communautaire, les solutions consacrées par le droit interne. En effet, dans l'arrêt dit *Croisières du beurre* (85), elle a déclaré que le système de protection juridictionnelle communautaire exige « que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du

(81) Aff. 22/87, *Commission c. République italienne*, Rec., 1989, p. 143.

(82) Sur cette question, voy. D. SIMON et A. BARAV, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *R.M.C.*, 1987, p. 165.

(83) J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *C.D.E.*, 1981, p. 379, spéc. p. 381.

(84) R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, U.L.B., Institut d'études européennes, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 245, spéc. p. 283.

(85) Aff. 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen c. Hauptzollamt Kiel*, Rec., 1981, p. 1805.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

droit national » (86). Mais la Cour a tenu à souligner que « le traité... 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 » (87).

Le bien-fondé de cette dernière affirmation est contestable. Un renvoi pur et simple au droit national peut s'avérer insuffisant pour assurer une protection des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire, conformément aux exigences formulées par ce dernier. Comme l'a observé le professeur J. Rideau, « les contentieux nationaux n'ayant pas été conçus pour la solution des différends nés de l'application du droit communautaire, les moyens dont disposent les juges ne sont pas toujours adaptés à l'exercice de leurs missions communautaires » (88). En effet, l'agencement de voies de droit internes et les limites dans lesquelles est confiné l'exercice de la fonction juridictionnelle nationale peuvent comporter des lacunes et des faiblesses de nature à empêcher le juge d'accomplir sa mission communautaire, et à compromettre ainsi l'efficacité de la protection due aux justiciables. La jurisprudence témoigne de telles situations.

Dans l'affaire *Johnston* (89), la requérante au principal s'est présentée devant un juge national impotent qui, lié par une présomption irréfragable de droit interne, n'était pas en mesure de trancher le point de droit communautaire soulevé devant lui et, pour cette raison, d'assurer éventuellement la sauvegarde d'un droit tiré d'une directive communautaire. Entériner un tel état de choses reviendrait à admettre, comme le disait l'avocat général Darmon, l'existence d'« une zone de non-droit » qui permettrait aux États membres de soustraire certaines mesures nationales au contrôle juridictionnel de leur conformité au droit communautaire (90). Dans son arrêt, la Cour a tenu à déclarer que l'existence d'un contrôle juridictionnel est « un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres » (91). Elle n'a pas hésité à affirmer que l'exigence d'un contrôle juridictionnel effectif s'opposait à la reconnaissance d'une force de preuve irréfragable à une attestation ministérielle excluant tout pouvoir de contrôle du juge à l'encontre d'une mesure nationale

(86) *Ibid.*, p. 1838.

(87) *Ibid.*

(88) J. RIDEAU, « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *D.S.*, 1974, chron., XIX, p. 147, spéc. p. 156.

(89) Aff. 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, *Rec.*, 1986, p. 1651.

(90) Conclusions de l'avocat général DARMON, *ibid.*, p. 1654, spéc. p. 1656.

(91) *Ibid.*, p. 1682.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

prétendue contraire aux règles communautaires(92). En d'autres termes, au titre du droit communautaire, les justiciables ont un « droit au juge »(93) investi de la plénitude de compétence pour apprécier librement la conformité au droit communautaire de la mesure nationale contestée devant lui, sans qu'une règle ou un principe de droit interne puisse l'entraver dans une telle appréciation. La théorie d'*acte de gouvernement* n'est-elle pas par là même ébranlée ou, du moins, mise en cause lorsqu'il s'agit de recours fondés sur le droit communautaire ?

L'affaire *Factortame*(94) illustre le comblement, en raison des exigences du droit communautaire, des lacunes dans le système national de protection juridictionnelle. Était en cause, dans cette affaire, la question de savoir si le droit communautaire investit les juridictions nationales d'une compétence, qui leur est déniée par le droit interne, d'ordonner, en attendant la décision du fond, le sursis à l'exécution des mesures nationales prétendues contraires au traité. Bien que l'arrêt de la Cour soit décevant par la banalité du raisonnement et par la fadeur de la démarche poursuivie, la réponse donnée est, sans doute, justifiée et sa portée considérable. La Cour a, en substance, décidé qu'au nom du droit communautaire, le juge national doit écarter tout obstacle de nature interne qui l'empêcherait d'accorder des mesures provisoires, lorsqu'il estime que l'octroi de telles mesures est nécessaire. Autrement dit, le droit communautaire institue le juge interne en juge des référés lui permettant d'assurer ainsi une protection provisoire des droits que les particuliers prétendent tirer des normes communautaires, même si l'existence de tels droits est encore contestée, et alors même qu'en vertu du droit national, l'exercice d'une telle compétence est formellement exclu(95). L'arrêt *Factortame* témoigne de la préoccupation de la Cour de justice de reconnaître aux juridictions nationales la plénitude de compétence pour prévenir une situation irréversible incompatible avec le traité et préjudiciable aux individus, même si cette solution implique l'exercice de pouvoirs plus amples que ceux qui leur sont reconnus en droit interne.

(92) *Ibid*, p. 1683. Voy. L. DUBOIS, « À propos de deux principes généraux du droit communautaire », *Rev. fr. dr. admin.*, 1988, p. 691.

(93) Expression de l'avocat général DARMON dans ses conclusions relatives à l'aff. 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, *Rec.*, 1986, p. 1651, spéc. p. 1656.

(94) Aff. C-213/89, *The Queen et Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e.a.*, *Rec.*, 1990, p. I-2433.

(95) Sur cette affaire, voy. D. SIMON et A. BARAV, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales – Les enjeux de l'affaire *Factortame* », *R.M.C.*, 1990, p. 591 ; E. GARCIA DE ENTERRIA, « La sentencia *Factortame* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas », *Revista española de derecho administrativo*, 1990, p. 401.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

Dans l'application des politiques et décisions communautaires, les autorités nationales bénéficient de l'autonomie institutionnelle et procédurale. Ce principe signifie que « les organes compétents, les procédures à utiliser pour la mise en œuvre du droit communautaire, sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques » (96). Pour les juridictions internes, il s'agit d'appliquer, sous certaines réserves, le droit processuel national. En effet, hormis les cas dans lesquels le droit communautaire enjoint au juge interne, lorsque la protection effective des droits engendrés par le traité l'exige, de s'affranchir des contraintes imposées par le droit national, « c'est... dans les principes de son ordre juridique national que le juge doit trouver les éléments lui permettant de donner son plein effet à la règle communautaire » (97). S'il est incontestable, comme le constate le professeur R. Kovar, que « l'effectivité du droit communautaire est profondément conditionnée par les voies de droit ouvertes aux individus et par les pouvoirs reconnus aux juridictions nationales » (98), on comprend aisément l'importance de l'affirmation par la Cour de justice selon laquelle « il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire... » et que « les droits conférés par le droit communautaire doivent être exercés devant les juridictions nationales selon les modalités déterminées par la règle nationale » (99). Ce renvoi au droit processuel interne implique une certaine hétérogénéité dans la protection juridictionnelle des justiciables communautaires, au point que Lord Wilberforce a pu se demander, dans son discours inaugural du 9^e Congrès de la F.I.D.E., en 1980, faisant appel à une métaphore nautique, chère aux juristes britanniques, dans quelle mesure les fondateurs de la Communauté, s'ils avaient été avertis de la grande diversité entre les systèmes nationaux, « auraient eu la foi de confier un navire si fragile à une mer si agitée ».

Mais l'autonomie institutionnelle et procédurale reconnue aux autorités et aux tribunaux étatiques ne doit pas avoir pour effet d'anéantir

(96) J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *Ann. fr. dr. intern.*, 1972, p. 864, spéc. p. 885.

(97) Conclusions de l'avocat général ROEMER sous l'arrêt 84/71, *Marimex, Rec.*, 1972, p. 99, spéc. p. 102.

(98) R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, op. cit.*, p. 245.

(99) Aff. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland, Rec.*, 1976, p. 1989, spéc. p. 1998 ; aff. 45/76, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen, Rec.*, 1976, p. 2043, spéc. p. 2053.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

ou même d'affaiblir la protection juridictionnelle des droits tirés par les particuliers des normes communautaires. Si l'application des règles nationales devait conduire les juridictions internes à n'assurer aux justiciables qu'une protection partielle ou lacunaire, de telles règles devraient être écartées.

Dégagées, notamment, à l'occasion des renvois préjudiciels émanant des juridictions internes saisies d'actions en répétition de l'indu, les limites à l'autonomie institutionnelle et procédurale s'articulent autour de trois idées. La première concerne le délai de recours. Dans les arrêts *Rewe-Zentralfinanz* (100) et *Comet* (101), la Cour a déclaré que le droit communautaire n'interdit pas d'opposer au justiciable un délai de recours raisonnable. Cette prise de position ne constitue-t-elle pas une invitation lancée aux juridictions nationales de rouvrir un délai de prescription qui leur paraîtrait trop court ?

Généralement, la Cour de justice, lorsqu'elle était interrogée sur ce point, a admis l'application des délais, des prescriptions, des forclusions et des déchéances prévus en droit interne, aux actions impliquant le droit communautaire. Ainsi, par exemple, elle a admis dans son arrêt *Deutsche Milchkontor* (102), l'application d'un délai d'un an, prévu en droit allemand pour le retrait d'un acte administratif irrégulier conférant un avantage pécuniaire, alors même que ce dernier a été octroyé sur des fonds communautaires. La Cour a, de même, reconnu, dans son arrêt *Société Bessin et Salson*, que la prescription triennale, fixée par le Code des douanes français en matière de demandes de remboursement des droits de douane, était compatible avec le droit communautaire (103).

La seconde limite au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale imposée par le droit communautaire interdit au juge interne d'appliquer aux actions fondées sur la violation du droit communautaire des règles plus strictes que celles applicables aux recours purement nationaux ayant le même objet. Par exemple, dans l'arrêt *Salumi* (104), la Cour a déclaré incompatible avec le droit communautaire « une

(100) Aff. 33/76, précitée.

(101) Aff. 45/76, précitée.

(102) Aff. jtes 205-215/82, *Rec.*, 1983, p. 2633. Toutefois, en matière de récupération d'aides d'État octroyées en violation du traité, la Cour a déclaré qu'« une disposition prévoyant un délai pour le retrait d'un acte administratif générateur de droits doit être appliquée, comme toutes les dispositions pertinentes du droit national, de manière à ne pas rendre pratiquement impossible la récupération exigée par le droit communautaire et à prendre pleinement en considération l'intérêt communautaire », aff. C-5/89, *Commission c. République fédérale d'Allemagne, Rec.*, 1990, p. I-3437, spéc. p. I-3458.

(103) Aff. 386/87, *Société Bessin et Salson c. Administration des douanes et droits indirects, Rec.*, 1989, p. 3511.

(104) Aff. jtes 66, 127 et 128/79, *Rec.*, 1980, p. 1237.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

réglementation nationale spéciale relative à la perception des taxes et redevances communautaires qui limiterait les pouvoirs accordés à l'administration nationale pour assurer la perception de ces taxes, par comparaison avec les pouvoirs accordés à cette administration s'agissant de taxes ou redevances nationales du même type... » (105).

Plus importante est la troisième limite à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres qui comprend, en partie, les deux précédentes. Pour la Cour, les conditions imposées par le droit interne « ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire » (106). Il appartient au juge national d'apprécier, à l'occasion des actions portées devant lui, si les modalités prescrites par le droit interne sont susceptibles de produire un tel effet et, dans l'affirmative, d'en écarter l'application. Il est important de noter que, dans son arrêt *San Giorgio* (107), la Cour a précisé que la règle nationale, considérée comme rendant pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit conféré par le traité, ne saurait être « réhabilitée » en raison de son caractère non discriminatoire et de son application aux recours similaires de droit interne (108).

Les affaires *San Giorgio* (109) et *Bianco* (110), toutes deux relatives aux actions en répétition, permettent d'illustrer des hypothèses dans lesquelles les juridictions internes sont tenues d'écarter l'application des règles nationales considérées par la Cour comme rendant pratiquement impossible l'obtention du remboursement des montants acquittés en violation du traité. Ayant reconnu, dans son arrêt *Hans Just* (111), que le droit communautaire ne s'opposait pas à ce que le juge tienne compte, à l'occasion d'un recours en répétition de l'indu, du fait que les taxes indûment perçues ont été incorporées dans le prix et répercutées sur les consommateurs, dès lors que le droit national le prévoit, la Cour a, toutefois, condamné, dans son arrêt *San Giorgio* (112), une disposition du droit italien qui visait à rejeter, systématiquement, sur le contribuable la charge d'établir l'absence de répercussion afin d'obtenir le remboursement et, de plus, l'exigence qu'une telle preuve ne pouvait

(105) *Ibid.*, p. 1264.

(106) Voy., p. ex., aff. 199/82, *Administration des finances de l'État italien c. SpA San Giorgio*, *Rec.*, 1983, p. 3595, spéc. p. 3612.

(107) *Ibid.*

(108) *Ibid.*, p. 3614.

(109) Précitée.

(110) Aff. jtes 331, 376 et 378/85, *Les fils de Jules Bianco SA et J. Girard Fils SA c. Directeur général des douanes et droits indirects*, *Rec.*, 1980, p. 1099.

(111) Aff. 68/79, *Rec.*, 1980, p. 501.

(112) Précité.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

être administrée que par écrit (113). De même, répondant à une question qui lui était déférée par la Cour de cassation française à propos de l'affaire *Bianco* (114), la Cour a déclaré qu'une disposition de la loi de finances pour 1981 subordonnant le droit au remboursement à la preuve que les taxes indûment perçues n'ont pas été répercutées sur les acheteurs (115) imposait, en fait, une charge de preuve d'un fait négatif qui devait être considérée, en tant que telle, comme rendant pratiquement impossible l'exercice du droit au remboursement (116).

Il est intéressant de noter que l'une des raisons retenues par la Cour dans ses arrêts *San Giorgio* et *Bianco* concernait les pouvoirs du juge interne. En effet, sans revenir sur sa décision de principe posée dans l'affaire *Hans Just* (117), la Cour a considéré qu'il appartient au juge interne d'apprécier librement si la répercussion a ou n'a pas eu lieu, sans qu'il soit tenu par une quelconque présomption à cet égard ou limité par des modes de preuve déterminés (118). Exerçant la plénitude de sa compétence en la matière, le juge national doit faire abstraction des règles qui l'empêcheraient de porter son propre jugement sur cette question.

Rouage essentiel de l'ordre juridique communautaire, le juge interne voit sa fonction explicitée, circonscrite et renforcée davantage au fur et à mesure qu'arrive au prétoire le contentieux multifforme engendré par l'insertion du droit communautaire dans l'ordonnement juridique national. Réalisée, essentiellement, par les principes de la primauté et de l'applicabilité directe, l'imbrication des ordres juridiques communautaire et national provoque un bouleversement dans la hiérarchie des normes en droit interne, invite à une réflexion par la doctrine et à une action du juge (119).

Les deux « thèmes favoris » (120) de la jurisprudence communautaire, tant exploités, ont fourni les éléments d'une définition communautaire de

(113) *Rec.*, 1983, spéc. p. 3613.

(114) Précitée.

(115) Il s'agissait de l'article 13, paragraphe V, de la loi de finances pour 1981, du 30 décembre 1980, *J.O.R.F.*, 31 décembre 1980, p. 3099.

(116) *Rec.*, 1988, p. 1118.

(117) Précitée.

(118) Aff. 199/82, *San Giorgio*, *Rec.*, 1983, spéc. pp. 3615-3616 ; aff. jtes 331, 376 et 378/85, *Bianco*, *Rec.*, 1980, spéc. p. 1121.

(119) Voy., sur ce thème, J.-M. AUBY, « Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public, éléments de problématique », in *Mélanges Robert Pelloux*, Lyon, L'Hermès, 1980, p. 21 ; M. MONIN, « 1989 : réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes », *D.S.*, 1990, chron., VI, p. 28 ; F. CHEVALLIER, « L'exception d'inconstitutionnalité. L'État de droit et la construction de la Communauté européenne », *D.S.*, 1989, chron., XXXIX, p. 255.

(120) J. BOULOUIS, note sous arrêt 106/77, *Simmenthal*, *A.J.D.A.*, 1978, jur., p. 323, spéc. p. 326.

LA PLÉNITUDE DE COMPÉTENCE DU JUGE NATIONAL

l'office du juge(121). Ils recèlent, sans doute, dans leurs flancs, des développements inattendus.

Les décennies d'application du droit communautaire témoignent de l'acceptation par les juridictions nationales, quelques juges réfractaires exceptés, des caractères fondamentaux de ce droit qui les amène, parfois, à transcender les solutions du droit interne. Adhésion souvent par une sorte d'acquiescement à contrecœur, rarement avec enthousiasme, car, peut-être, l'enthousiasme n'est pas une vertu judiciaire(122). Les exigences propres à l'application judiciaire du droit communautaire conduisent le juge interne, libéré de toute servitude, affranchi de toute inhibition, à exercer une plénitude de compétence.

Mais la condition d'hétéronomie dans laquelle se trouve le juge national est inévitablement source d'une pléthore de difficultés. Le professeur J. Boulouis a attiré l'attention sur l'aporie consistant à s'adresser au juge interne en tant qu'« organe de l'État » et à lui enjoindre, simultanément, en dissociant la source du droit et le titre du juge, d'écarter l'application des normes nationales découlant de la même source que son titre pour statuer(123). En dépit de son incohérence logique, une telle solution ne s'impose-t-elle pas si l'on veut, pour assurer l'efficacité du droit communautaire, imputer à l'État, dans le cadre d'un recours en constatation de manquement, le comportement de ses juges qui refuseraient de sanctionner la primauté du droit communautaire ou de s'incliner devant son autorité(124) ?

Titre juridique communautaire pour exercer une compétence communautaire(125), compétence nationale communautairement définie dans son exercice(126), quelle que soit l'issue du débat, il s'agit toujours d'une plénitude de compétence.

(121) R. KOVAR, note sous l'arrêt 48/71, *Commission c. République italienne*, *Journ. dr. intern.*, 1973, p. 516, spéc. p. 521.

(122) DEVLIN, « Judges and lawmakers », *Mod. L. Rev.*, 1976, p. 1, spéc. p. 5.

(123) J. BOULOUIS, note sous l'arrêt 106/77, *Simmenthal*, *A.J.D.A.*, 1978, jur., p. 323, spéc. p. 326. Voy., également, J. BOULOUIS, note sous l'arrêt *Administration des douanes c. Société Cafés Jacques Vabre et SARL Jean Weigel*, *A.J.D.A.*, 1975, jur., p. 567, spéc. pp. 572-573.

(124) Voy. J. BOULOUIS, note sous l'arrêt *Jacques Vabre*, précitée, *A.J.D.A.*, 1975, spéc. p. 573.

(125) Voy. J. BOULOUIS, note sous l'arrêt *Simmenthal*, précitée.

(126) V. CONSTANTINESCO et R. KOVAR, note sous l'arrêt *Simmenthal*, *Journ. dr. intern.*, 1979, p. 936, spéc. p. 942.

- 14 -

**LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA
JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

INTRODUCTION

Parmi les questions juridiques à la fois d'importance et d'actualité figure, indéniablement, celle de la répétition de l'indu. Parvenu à un stade d'une certaine maturité, le fonctionnement du Marché commun fait surgir dans toute leur ampleur certains aspects sous-jacents accompagnant inévitablement l'intégration économique.

L'importance particulière attachée à cette question provient essentiellement de la nature du droit communautaire et des types d'activité qu'il est destiné à régir. Droit économique, le droit communautaire entraîne, nécessairement, des répercussions pécuniaires et engendre des conséquences financières aux niveaux tant communautaire que national et, à l'intérieur de ce dernier, aussi bien pour l'État que pour les opérateurs économiques. Il suffirait de songer à l'interdiction des droits de douane et des taxes d'effet équivalent à l'exportation et à l'importation, à la prohibition de taxations nationales discriminatoires et d'évoquer, dans le cadre de la politique agricole commune, le système de restitutions, de prélèvements et de montants compensatoires monétaires, pour s'apercevoir des implications fiscales du droit communautaire et apprécier leur signification.

Cette importance se reflète également dans la jurisprudence aussi bien nationale que communautaire. En effet, des décisions nationales des plus célèbres et des arrêts de la Cour de justice des plus connus ont été rendus dans le cadre du contentieux relatif au remboursement des sommes irrégulièrement perçues par les autorités étatiques (1). Liée dans certains de ses aspects aux principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire, la question de la répétition de l'indu se trouve

(1) Dans la jurisprudence nationale, on ne peut manquer d'évoquer l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 27 mai 1971 dans l'affaire *Fromagerie franco-suisse le « Ski »*, C.D.E., 1971, observations P. PESCATORE, p. 561, et l'arrêt de la Cour de cassation de France du 24 mai 1975 dans l'affaire *Jacques Vabre*, C.D.E., 1975, observations R. KOVAR, p. 631. De la jurisprudence communautaire, il convient de mentionner, p. ex., l'arrêt 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec., 1963, p. 1, et l'arrêt 106/77, *Simmenthal*, Rec., 1978, p. 629.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

fréquemment au centre même du thème de la protection juridictionnelle des sujets du droit communautaire et du débat sur l'étendue et la portée des engagements souscrits par les États membres en vertu de l'article 5 du Traité CEE.

Le sujet de la répétition de l'indu est aussi d'actualité. En effet, à la demande des juridictions internes, la Cour de justice a été amenée depuis quelques années à préciser les exigences du droit communautaire en matière de restitution des montants irrégulièrement perçus ou octroyés. Ces questions ont été souvent posées en raison de l'exécution décentralisée du droit communautaire et de sa mise en œuvre par les autorités étatiques et, surtout, du fait que l'application judiciaire et la sauvegarde des droits engendrés par les dispositions communautaires sont confiées aux juridictions nationales.

Ainsi, après avoir établi les principes « constitutionnels » de l'ordre juridique communautaire, après avoir dégagé les impératifs qui commandent l'application du traité et l'exécution du droit dérivé, la Cour se voit invitée à se prononcer sur des questions appartenant à la « seconde génération » du droit communautaire (2). De telles questions concernent le degré de pénétration du droit communautaire dans l'ordonnement juridique national et impliquent une définition davantage concrète de ses effets internes. Les réponses apportées par la Cour contribuent non seulement à préciser les obligations des autorités nationales en ce domaine, mais aussi à déterminer le contenu de la fonction communautaire des juridictions internes.

Au sujet de la répétition de l'indu, la tâche de la Cour de justice est particulièrement délicate. En effet, le droit communautaire en la matière est fragmentaire et incomplet. Les quelques textes épars intervenus n'envisagent pas le problème dans son ensemble et laissent non résolus des aspects essentiels de cette problématique (3). Mais il ne faut pas perdre de vue qu'il n'appartient pas à la Cour de combler la carence du législateur. En l'absence de dispositions législatives et de mesures d'harmonisation au niveau communautaire, en présence de règles nationales des plus diverses, la Cour est bien obligée d'admettre l'hétérogénéité de solutions qui en découlent et ne peut que regretter la disparité dans l'application du droit communautaire et dans la protection

(2) L'expression est du président J. MERTENS DE WILMARS, *C.D.E.*, 1981, p. 380.

(3) Voy., notamment, règlement (CEE) n° 1430/79 du Conseil du 2 juillet 1979 relatif au remboursement ou à la remise des droits à l'importation ou à l'exportation, *J.O.C.E.*, n° L 175, 12 juillet 1979, p. 1 ; règlement (CEE) n° 1697/79 du Conseil du 24 juillet 1979 concernant le recouvrement « a posteriori » des droits à l'importation ou des droits à l'exportation qui n'ont pas été exigés du redevable pour des marchandises déclarées pour un régime douanier comportant l'obligation de payer de tels droits, *J.O.C.E.*, n° L 197, 3 août 1979, p. 1.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

juridictionnelle des sujets de l'ordre juridique des Communautés qui en résulte. Dans un domaine aussi complexe et technique, un effort législatif est nécessaire. Certes, la Cour souligne le caractère provisoire des solutions retenues par sa jurisprudence intervenant « dans l'état actuel de l'évolution du droit communautaire ». Elle imprègne ses arrêts d'indications à l'attention du législateur communautaire, l'invitant à considérer certains principes qu'elle estime souhaitables. Mais, consciente des limites du pouvoir judiciaire et de son propre rôle, la Cour n'est pas en mesure de résoudre, par la voie jurisprudentielle, l'ensemble des questions soulevées à propos des actions en justice tenant à la restitution des sommes illégalement perçues ou octroyées en violation du droit communautaire.

À juste titre, le président J. Mertens de Wilmars a récemment remarqué qu'à l'heure actuelle c'est le problème de la restitution de l'indu qui est apparu comme un révélateur de la problématique plus large de l'articulation du droit communautaire et du droit national(4). En effet, autour de la question de la répétition se rencontrent des thèmes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire et des rapports de droit entre la Communauté et ses États membres. En abordant la question de la restitution, on traite nécessairement de la primauté, de l'effet direct, de l'uniformité et de l'effectivité du droit communautaire, sans négliger pour autant le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale dont bénéficient les États membres dans l'application de ce droit.

S'agissant des actions en restitution, la Cour de justice a été invitée à connaître trois types de situation. Dans le cas le plus fréquent, il était question des actions en remboursement des sommes perçues par les autorités étatiques en vertu d'une mesure nationale incompatible avec le traité(5). En second lieu, étaient en cause des montants perçus par les instances nationales agissant pour le compte de la Communauté, en application d'une disposition communautaire dont l'invalidité a été

(4) Conclusions des travaux sur le thème des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et par les particuliers et leur efficacité, 9^e Colloque de la F.I.D.E., Londres, 1980, t. 3, 8.1., spéc. 8.5.

(5) Voy., notamment, les aff. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskamtnr für das Saarland*, Rec., 1976, p. 1989 ; aff. 45/76, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, Rec., 1976, p. 2043 ; aff. 77/76, *Entreprise Flli Cucchi c. Avez SpA*, Rec., 1977, p. 987 ; aff. 177/78, *Pigs and Bacon Commission c. McCarren and Company Limited*, Rec., 1979, p. 2161 ; aff. 68/79, *Hans Just I/S c. Ministère danois des Impôts et Accises*, Rec., 1980, p. 501 ; aff. 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana Srl*, Rec., 1980, p. 1205 ; aff. 811/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Ariete SpA*, Rec., 1980, p. 2545 ; aff. 826/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Sas Mediterranea importazione, rappresentanze, esportazione, commercio (MIRECO)*, Rec., 1980, p. 2559 ; et les aff. jtes 142 et 143/80, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Essevi et entreprise Carlo Salengo*, Rec., 1981, p. 1413.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

par la suite constatée (6). Enfin, dans une catégorie de cas inverses, il s'agissait des demandes de récupération des sommes octroyées par les organes étatiques en application erronée du droit communautaire et des demandes de paiements supplémentaires qui n'ont pas été exigés originairement par l'administration nationale, hypothèse qui n'est pas identique à celle où des montants ont été versés par erreur, mais qui a été néanmoins posée judiciairement en des termes similaires (7).

De la jurisprudence existante, déjà riche en enseignements, il ressort que le *droit* à la restitution trouve son fondement juridique dans le droit communautaire. Qu'il s'agisse des taxes et des redevances perçues par les autorités nationales en vertu d'une législation nationale incompatible avec le droit communautaire, ou sur la base d'une mesure communautaire contraire au traité, le droit à la restitution provient de l'ordre juridique communautaire (8). En revanche, les modalités de l'*action* en restitution, les règles de procédure qui régissent son déroulement et déterminent ses conditions d'exercice restent, pour l'essentiel, soumises au droit national.

I. – LE FONDEMENT COMMUNAUTAIRE
DU DROIT À LA RÉPÉTITION DE L'INDU

Le fondement juridique du droit à la répétition de l'indu n'a rien de particulier au droit communautaire. Inspirée par l'équité, la répétition de l'indu apparaît comme un principe général commun au droit public et au droit privé (9). Des sommes perçues ou octroyées sans titre juridique valable doivent normalement être restituées.

Si le droit communautaire se trouve impliqué dans le débat sur la base juridique du droit à la restitution, c'est qu'il est la cause de l'illégalité

(6) Voy., notamment, les aff. 130/79, *Express Dairy Foods Limited c. Intervention Board for Agricultural Produce*, Rec., 1980, p. 1887 ; aff. 66/80, *SpA International Chemical Corporation c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, Rec., 1981, p. 1191.

(7) Voy., notamment, les aff. 265/78, *H. Ferwerda BV c. Produktschap voor Vee en Vlees*, Rec., 1980, p. 617 ; aff. jtes 66, 127 et 128/79, *Amministrazione delle Finanze c. S.r.l. Meridionale Industria Salumi, Fratelli Vasanelli et Fratelli Ultrocchi*, Rec., 1980, p. 1237 ; aff. jtes 119 et 126/79, *Lippische Hauptgenossenschaft e.G., et Westfälische Central-Genossenschaft e.G. c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, Rec., 1980, p. 1863.

(8) Voy. les rapports présentés par MM. P. KARPENSTEIN et C. MAESTRIPIERI, P. LEPEUX et M. WAELBROECK, intitulés « La restitution de taxes perçues indûment par l'État en droit communautaire », in *Études suisses de droit européen*, vol. 18, *Colloque de droit européen et de droit administratif comparé. La restitution de taxes perçues indûment par l'État*, Centre d'études juridiques européennes, Genève, Georg, 1976, respectivement pp. 201, 209 et 215. Voy., aussi, F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 442.

(9) Voy., p. ex., Ch.-A. JUNOD, « La restitution de taxes perçues indûment par l'État », Rapport de synthèse, in *Études suisses de droit européen*, vol. 18, *op. cit.*, p. 223.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

commise dans la perception ou l'octroi de certains montants. En d'autres termes, c'est la violation du traité, soit par les autorités nationales, soit par les institutions communautaires, qui donne naissance au droit au remboursement.

La Cour de justice se montre peu préoccupée du fondement exact du droit à la répétition de l'indu. À propos des justiciables communautaires, et bien qu'il s'agisse de contentieux se déroulant devant les juridictions nationales, la Cour considère plutôt *l'ordre juridique* d'où émane le droit à récupérer des montants acquittés en violation du droit communautaire. Et, même ce, d'une manière incidente et quelque peu indirecte.

Le problème du fondement communautaire du droit à la répétition de l'indu ne se pose pas en des termes identiques dans les trois hypothèses évoquées plus haut. Mais, si les particularités de chaque catégorie de cas appellent des considérations propres, il est certains facteurs qui leur sont communs.

S'agissant du droit à la restitution des sommes perçues par les instances étatiques en vertu d'une législation nationale contraire au droit communautaire, l'applicabilité directe de ce dernier semble assumer une signification décisive. Ainsi qu'on l'a constaté récemment, « le remboursement de "taxes nationales" perçues en violation du droit communautaire se situe dans le prolongement de l'effet direct de certaines dispositions du droit communautaire » (10). L'obligation des juridictions nationales de sauvegarder les droits tirés du droit communautaire directement applicable et de se conformer à l'engagement de « loyauté communautaire » souscrit par les États membres en vertu de l'article 5 du traité contribue à préciser la tâche incombant au juge interne dans cette matière.

Ainsi, le droit à la répétition de l'indu est lié, en premier lieu, au thème de la protection juridictionnelle des sujets de l'ordre juridique communautaire. La création des droits individuels dans le chef des particuliers est rattachée à la doctrine de l'applicabilité directe. Celle-ci comporte non seulement les critères des dispositions revêtant cette qualité, mais aussi leurs effets internes (11). Sur ce dernier point, la Cour de justice apparaît quelque peu réticente. Écrivant, en 1970, dans les Cahiers de droit européen, M. G. Bebr a eu raison d'observer que « la Cour ne s'est que peu prononcée, et encore avec quelques réserves, sur l'effet d'une

(10) F. HUBEAU, article précité, *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 443.

(11) Voy., p. ex., R. KOVAR, « L'applicabilité directe du droit communautaire », *Journ. dr. intern.*, 1973, p. 279.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

disposition directement applicable dans l'ordre juridique national. Étant donné la nature délicate de la question, cette réserve est compréhensible » (12). En effet, respectueuse de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres dans l'application du droit communautaire, la Cour s'est gardée de s'immiscer dans l'ordre juridique national. Elle a souvent souligné qu'il appartient aux États membres de désigner les autorités chargées d'assurer l'application du droit communautaire et de choisir les remèdes et procédures appropriés à cet effet (13). Pourtant, certains auteurs s'attendaient à ce que la Cour précise les effets internes de l'applicabilité directe. Selon certains, une définition parfaite de cette doctrine doit fixer à la fois les conditions et les effets de l'applicabilité directe, les deux aspects relevant du droit communautaire (14).

Progressivement, et discrètement, la Cour se rallie partiellement à cette conception. C'est notamment par rapport à la répétition de l'indu que sa jurisprudence apporte davantage de précisions. En 1978, dans l'affaire *Simmenthal*, la Cour a insisté avec une vigueur particulière sur l'application *immédiate et intégrale* du droit communautaire par les juridictions internes (15). Dix ans auparavant, dans son arrêt *Salgoil*, elle a déclaré que la protection des droits engendrés par les normes communautaires à effet direct doit être « directe et immédiate » (16).

S'interrogeant sur cette dernière formule, M^{me} C. Megret s'est demandée : « N'est-ce pas admettre implicitement, dans un souci d'uniformité et d'efficacité, que les droits conférés aux victimes de la violation d'une règle directement applicable leur ouvrent non seulement droit à l'annulation de l'acte national irrégulier au terme d'un contentieux objectif, mais aussi droit à répétition de l'indu et même droit à dommages et intérêts au terme, cette fois, d'un contentieux subjectif qui seul peut assurer une protection directe et immédiate du justiciable » (17) ?

(12) G. BEBR, « Les dispositions de droit communautaire directement applicables », *C.D.E.*, 1970, p. 3, spéc. p. 36.

(13) Voy., p. ex., l'arrêt 39/70, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen*, *Rec.*, XVII, p. 49, spéc. p. 58 et l'arrêt 51-54/71, *International Fruit Company NV e.a. c. Produktschap voor groenten en fruit*, *Rec.*, XVII, p. 1107, spéc. p. 1116. Voy., également, arrêt 50/76, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, *Rec.*, 1977, p. 137, spéc. p. 150.

(14) Voy., notamment, A. BLECKMANN, « L'applicabilité directe du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Institut d'études européennes, U.L.B., Bruxelles, Larquier, 1978, p. 85, spéc. p. 87.

(15) Arrêt 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, précité.

(16) Arrêt 13/68, *Société par actions Salgoil c. Ministère du Commerce extérieur de la République italienne*, *Rec.*, XIV, p. 661, spéc. p. 675.

(17) C. MEGRET, « Les droits propres des personnes en droit communautaire et leur protection par les juridictions des États membres », *Journ. dr. intern.*, 1976, p. 367, spéc. p. 383.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

Ainsi formulée, cette réflexion a le mérite de poser clairement le problème de la portée de l'obligation du juge national en vertu de l'applicabilité directe et, corrélativement, celui du contenu du droit reconnu au justiciable. Notre propos n'est pas d'examiner l'exactitude de cette observation à la lumière de la jurisprudence sur les trois aspects évoqués. Il suffirait d'observer que cette jurisprudence communautaire ne consacre ni le droit à l'annulation d'une mesure nationale contraire au droit communautaire, ni, par conséquent, l'obligation du juge de procéder à une telle annulation. Des arrêts tels que *Lück* (18) et *Simmmenthal* (19), il apparaît que la Cour de justice se contente d'affirmer l'*inapplicabilité* du droit national contraire au traité. Un individu a, dès lors, le droit d'exiger qu'une telle mesure nationale ne lui soit pas appliquée. Le juge est tenu de l'écartier, mais non pas de l'annuler (20). Quant au droit d'engager la responsabilité de la puissance publique pour violation du droit communautaire et d'obtenir réparation du dommage causé par une mesure nationale incompatible avec le traité, il n'est pas certain que les arrêts de la Cour, dans les affaires 39/72, *Commission c. Italie* (21), ou même *Russo c. AIMA* (22), consacrent un tel principe, bien que ce dernier arrêt contienne une formule qui permettrait de le soutenir (23).

S'agissant du droit à la restitution des sommes perçues par l'État en violation du traité et de l'obligation du juge de condamner l'État à répéter de telles sommes, la Cour a récemment reconnu son existence et son fondement communautaire. En abordant cette question, on est nécessairement forcé de renvoyer aux arrêts *Rewe* (24) et *Comet* (25).

Voy. également R. KOVAR, « Les voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, op. cit., p. 245.

(18) Aff. 34/67, *Firma Gebrüder Lück c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, Rec., XIV, p. 359.

(19) Aff. 106/77, *Simmmenthal*, Rec., 1978, p. 629, précitée.

(20) Voy., également, les arrêts 84/71, *SpA Marimex c. Ministère des finances de la République italienne*, Rec., XVIII, p. 89 ; 93/71, *Orsolina Leonesio c. Ministère de l'Agriculture et des Forêts de la République italienne*, Rec., XVIII, p. 287.

(21) Rec., 1973, p. 101, spéc. p. 112 : « en présence tant d'un retard à exécuter une obligation que d'un refus définitif, un arrêt rendu par la Cour au titre des articles 169 et 171 du traité peut comporter un intérêt matériel en vue d'établir la base d'une responsabilité qu'un État membre peut être dans le cas d'encourir, en conséquence de son manquement, à l'égard d'autres États membres, de la Communauté ou des particuliers ».

(22) Aff. 60/75, *Carmine Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA)*, Rec., 1976, p. 45.

(23) « Que, dans le cas où un tel préjudice aurait été causé par le fait d'une violation du droit communautaire, il incomberait à l'État d'en assumer, à l'égard de la personne lésée, les conséquences dans le cadre des dispositions du droit national relatives à la responsabilité de l'État », *ibid.*, p. 56.

(24) Aff. 33/76, Rec., 1976, p. 1899, précitée.

(25) Aff. 45/76, Rec., 1976, p. 2043, précitée.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

Les questions déferées à la Cour de justice dans ces deux affaires ne visaient pas directement le droit à la restitution des taxes nationales contraires au droit communautaire. Les juridictions de renvoi désiraient notamment savoir si, en vertu du droit communautaire, un individu a le droit d'exiger la restitution même après l'écoulement du délai de recours prévu par le droit national (26).

L'avocat général J.-P. Warner s'est montré hostile à la reconnaissance d'un droit à la restitution dérivant de l'ordre juridique communautaire. Rejetant l'argument des requérantes au principal selon lequel un tel droit existait en vertu de l'effet direct de la disposition communautaire violée, M. Warner a déclaré : « Nous ne pensons pas qu'un quelconque droit autonome de recours de cette nature ait été conféré aux demanderessees par le droit communautaire ; nous pensons que c'était à leurs droits nationaux qu'il incombait de prévoir les remèdes auxquels elles avaient droit en l'absence de validité de la législation fiscale en question » (27). Ainsi, pour l'avocat général, non seulement les procédures et modalités sont régies par le droit interne, mais, aussi, la substance même du droit est ainsi déterminée.

En raison de la formulation des questions posées dans ces affaires, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur le droit à la restitution. Rappelant qu'en vertu de la coopération énoncée à l'article 5 du traité, il appartient aux juridictions nationales d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions communautaires, elle a déclaré que, « dès lors, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire » (28).

Pourtant, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Denkavit italiana* (29), l'avocat général G. Reischl estimait pouvoir trouver dans l'arrêt *Rewe* un appui pour la thèse du fondement communautaire du droit à la répétition de l'indu. Certes, l'avocat général n'ignore pas que, dans l'affaire *Rewe*, la Cour n'était invitée à se prononcer que sur l'incidence de l'expiration du délai de recours national sur l'action en restitution

(26) Ce n'était donc pas sur le droit à la restitution qu'elles ont interrogé la Cour de justice. Peut-être n'était-il pas contesté qu'un tel droit existait, en tout état de cause, en vertu du droit national.

(27) *Rec.*, 1976, p. 2000, spéc. p. 2004.

(28) *Rec.*, 1976, p. 1998 et pp. 2052-2053.

(29) Aff. 61/79, *Rec.*, 1980, p. 1205, précitée.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

devant le juge interne, mais il considère qu'en soulignant l'applicabilité directe de la disposition communautaire violée par la mesure nationale en cause et qu'en affirmant que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder les droits engendrés au profit des particuliers par cette disposition, la Cour est partie de l'hypothèse implicite qu'une obligation de remboursement et un droit à restitution existaient (30).

L'affaire *Cucchi c. Avez* apporte des indications supplémentaires à cet égard (31). Dans son arrêt, la Cour a déclaré incompatible avec un règlement communautaire une charge pécuniaire prélevée sur le sucre en application d'une mesure législative italienne. Interrogée sur la question de savoir si, dans un tel cas, les intéressés étaient en droit de refuser le paiement d'une pareille taxe, et, en cas de paiement déjà effectué d'en demander le remboursement, la Cour a répondu que la violation du droit communautaire pouvait être invoquée devant les juridictions nationales (32). La Cour n'a pas envisagé expressément la question de la restitution. Cependant, dans le contexte de l'affaire, l'invocabilité du règlement communautaire dont elle reconnaît la possibilité devait servir pour appuyer le refus d'acquitter la taxe nationale litigieuse ou d'en demander le remboursement. Les propos tenus par l'avocat général Reischl dans cette affaire ont plus de clarté. Liant le droit au remboursement à l'effet direct de la norme communautaire, M. Reischl a déclaré que « l'illégalité d'une mesure nationale qui résulte de dispositions directement applicables d'un règlement communautaire peut... être invoquée par les particuliers. Selon la situation de fait et les dispositions du droit national, il peut aboutir à la constatation que la contribution litigieuse ne doit pas être payée, ou, si elle a déjà été payée, qu'elle doit être remboursée » (33).

C'est dans l'arrêt *Pigs and Bacon Commission c. McCarren* (34) que la Cour a admis, pour la première fois expressément, semble-t-il, le fondement communautaire du droit à la restitution des taxes nationales perçues en violation du traité. Était en cause, dans cette affaire, le système de commercialisation de la viande porcine en Irlande. Selon la législation nationale en vigueur dans ce pays, une taxe était prélevée sur les producteurs de viande de porc. En contrepartie, une prime était accordée aux exportateurs par l'organe chargé de la gestion de ce système. Constatant que la taxe ainsi perçue servait des objectifs

(30) *Ibid.*, p. 1233.

(31) Aff. 77/76, *Rec.*, 1977, p. 987, précitée.

(32) *Ibid.*, p. 1010.

(33) *Ibid.*, p. 1024.

(34) Aff. 177/78, *Rec.*, 1979, p. 2161, précitée.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

incompatibles avec le droit communautaire, et notamment avec l'organisation commune du marché dans le secteur considéré, la Cour a déclaré qu'« en principe, tout opérateur économique astreint au versement de la taxe a dès lors le droit de réclamer la restitution de la partie de la taxe effectuée à des fins incompatibles avec le droit communautaire » (35).

Cette affaire a eu un prolongement intéressant au niveau interne (36). L'arrêt de la Cour de justice est passé relativement inaperçu par la littérature juridique européenne. Pourtant, l'apport de l'arrêt *McCarren* est essentiel. La Cour de justice y reconnaît le *droit* à la restitution des sommes perçues par les autorités nationales en violation du droit communautaire. Cette même position de principe est confirmée par l'arrêt *Hans Just* (37) dans lequel la Cour déclare « qu'il incombe aux États membres d'assurer le remboursement de taxes perçues en violation de l'article 95... » (38).

Pour asseoir le droit à la restitution des montants perçus en vertu d'une mesure nationale contraire au traité sur l'ordre juridique communautaire, la Cour fait appel à l'effet direct de la disposition communautaire violée. Certes, au sens strict, le droit conféré aux particuliers par l'effet direct des dispositions communautaires interdisant la perception de taxes n'est pas celui d'être remboursé en cas de paiement indu, mais celui de ne pas se voir indûment taxé. La restitution d'une somme que l'on a été obligé de payer n'est qu'un substitut imparfait du droit de refuser la taxation irrégulière (39). En effet, dans l'affaire *Bresciani* (40), la Cour a reconnu que la disposition de la Convention de Yaoundé qui prévoyait la suppression des taxes équivalant à des droits de douane engendre, dans le chef des justiciables, « un droit au non-paiement » d'une pareille taxe (41).

Le droit à la restitution dérive du droit au non-paiement et, bien qu'indirectement, c'est plus souvent sur ce premier que la Cour est appelée à se prononcer. L'importance de l'applicabilité directe à cet égard a été mise en évidence par l'avocat général G. Reischl. Dans ses conclusions sous l'affaire *Hans Just* (42), où il était question de

(35) *Ibid.*, p. 2192.

(36) Voy. l'arrêt de la Cour suprême de l'Irlande du 21 mai 1981, *Comm. M. L. Rep.*, 1981, vol. 32, p. 408.

(37) Aff. 68/79, *Rec.*, 1980, p. 501, précitée.

(38) Le dispositif de l'arrêt, point 3, *ibid.*, p. 524.

(39) C.-J. BERR, note sous Cour d'appel de Lyon, 30 novembre 1978, *Ramel, D.*, 1979, p. 371.

(40) Aff. 87/75, *Conceria Danielle Bresciani c. Amministrazione Italiana delle Finanze*, *Rec.*, 1976, p. 129.

(41) *Ibid.*, p. 142.

(42) Aff. 68/79, *Rec.*, 1980, p. 501, précitée.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

l'article 95 du traité, l'avocat général a déclaré que « cet effet direct a pour conséquence que, depuis l'adhésion du Danemark, soit à partir du 1^{er} janvier 1973, les justiciables peuvent se prévaloir devant les tribunaux nationaux de la règle inscrite à l'article 95, alinéa 1^{er}, qui prime dans cette mesure une réglementation nationale divergente. Lorsque les particuliers invoquent cette disposition, la perception de taxes qui enfreignent l'article 95 doit être déclarée illégale. Pour le cas où les taxes ont déjà été acquittées en violation de cette disposition... sous l'angle du droit communautaire, l'effet direct veut aussi qu'il y ait remboursement » (43). De même, dans l'affaire *Denkavit italiana* (44), l'avocat général a soutenu qu'« il résulte de l'esprit et de la finalité de l'effet direct que les droits acquittés en application des règles du droit national contraires au droit communautaire doivent normalement être remboursés » (45). Pour M. Reischl, « l'effet direct du droit communautaire a pour corollaire l'obligation de principe de restituer les sommes indûment perçues sans quoi la mise en application du droit communautaire pourrait être réduite à néant du fait de la perception par l'État membre de ces taxes en violation du droit communautaire » (46).

L'effet direct, en tant que fondement du droit à la restitution, est également admis par la Commission. Dans ses observations relatives à l'affaire *McCarren* (47), la Commission a maintenu que, « s'agissant de taxes perçues en violation d'une disposition directement applicable du droit communautaire, celles-ci devraient, dans la mesure où l'action est introduite dans les délais prévus, être restituées par les autorités nationales sous peine de mettre en cause l'applicabilité directe du droit communautaire » (48). Cette même conception est partagée par certaines juridictions nationales. Par exemple, dans son arrêt *Ramel*, la Cour d'appel de Lyon, constatant l'effet direct de l'article 12 du traité, déclare que « l'action en restitution engagée par la société requérante sur le fondement du traité... est bien fondée » (49).

La Cour de justice, quant à elle, envisage deux idées complémentaires. Déclarant l'effet direct d'une norme communautaire, la Cour précise que la protection des droits engendrés par une telle norme incombe aux juridictions nationales, notamment en vertu de l'article 5 du traité.

(43) *Ibid.*, p. 531.

(44) Aff. 61/79, *Rec.*, 1980, p. 1205, précitée.

(45) *Ibid.*, p. 1232.

(46) *Ibid.*, p. 1234.

(47) Aff. 177/78, *Rec.*, 1979, p. 2161, précitée.

(48) *Ibid.*, p. 2180.

(49) *Dalloz*, 1979, p. 371.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

Ainsi, dans les arrêts *Hans Just* (50) et *Denkavit italiana* (51), elle reprend les formules employées dans ses arrêts *Rewe* (52) et *Comet* (53) relatives à l'obligation des juridictions nationales d'assurer, en vertu de l'article 5 du traité, la sauvegarde des droits créés au profit des particuliers par les dispositions communautaires directement applicables. Ayant reconnu, dans les affaires *McCarren* et *Hans Just* notamment, que l'applicabilité directe d'une disposition communautaire interdisant la perception d'une certaine taxe donne naissance à un droit à la restitution, il s'ensuit que l'obligation faite au juge d'assurer le respect des droits tirés par les particuliers de l'effet direct d'une règle communautaire implique une condamnation judiciaire de l'État à répéter l'indu. Cette même solution résulte également des arrêts *Ariete* (54) et *MIRECO* (55).

On peut se demander dans quelle mesure l'applicabilité directe n'éclipse pas la considération première qui devrait inspirer le droit à la répétition de l'indu, celle de l'illégalité de la perception. Si l'on admettait que la violation du traité constitue le fondement véritable du droit à la restitution, on reconnaîtrait ainsi l'existence d'un tel droit alors même qu'une disposition communautaire dépourvue d'effet direct est violée par l'État. Une telle méconnaissance peut être constatée par un arrêt en manquement ou résulter d'un arrêt préjudiciel.

Une telle explication contribuerait à assigner un fondement unitaire au droit à la restitution. La violation du traité serait le fondement du droit à la répétition de l'indu, non seulement dans le cas où les autorités nationales ont perçu une taxe en vertu d'une disposition nationale incompatible avec le traité, mais aussi dans le cas d'une taxe établie par une mesure communautaire contraire au traité, et dans celui des avantages pécuniaires accordés en violation du droit communautaire.

La question du droit à la restitution des sommes perçues par les autorités nationales en vertu d'une mesure communautaire déclarée par la suite invalide s'est posée, notamment dans l'affaire *Express Dairy Foods* (56). À la suite de la déclaration d'invalidité de certains règlements communautaires établissant des montants compensatoires monétaires pour l'exportation de lactosérum en poudre, la requérante au principal a attaqué l'organisme d'intervention national chargé de la

(50) Précité.

(51) Précité.

(52) Précité.

(53) Précité.

(54) Aff. 811/79, *Rec.*, 1980, p. 2545, précitée.

(55) Aff. 826/79, *Rec.*, 1980, p. 2559, précitée.

(56) Aff. 130/79, *Rec.*, 1980, p. 1887, précitée.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

gestion de la politique agricole commune en restitution des sommes perçues en application desdits règlements. Une des questions préjudicielles soumises à la Cour de justice par la juridiction britannique saisie de l'affaire était ainsi libellée : « Lorsque, dans une procédure au titre de l'article 177 du traité CEE, la Cour de justice a déclaré invalide un règlement de la Commission autorisant ou imposant la perception de montants compensatoires monétaires, les autorités compétentes des États membres sont-elles tenues, au titre du droit communautaire, de restituer des sommes perçues conformément à ce règlement, et, dans l'affirmative, quelles sommes doivent-elles rembourser » (57) ?

Ainsi formulée, la question pose clairement le problème essentiel, celui de savoir si, selon le droit communautaire, l'invalidité du règlement en cause donne naissance à un droit à la restitution (58). Pourtant, la Cour considère que « le point essentiel soumis à la Cour concerne le montant des sommes à rembourser, ce qui englobe la question du caractère intégral ou non de la restitution de l'indu en cas d'éventuelle récupération de la taxe par l'opérateur économique lésé » (59). Elle répond, cependant, à la question dans les termes suivants : « Il revient aux autorités nationales de veiller à la restitution des sommes indûment perçues sur la base de règlements communautaires déclarés invalides ».

C'est le verbe « veiller » qui paraît inapproprié. Il n'exprime pas l'idée que les autorités nationales sont tenues de restituer. L'incertitude est encore accrue lorsqu'on examine la rédaction de l'arrêt en anglais, la langue de procédure de cette affaire. La Cour déclare, en effet : « *It is for the national authorities to decide as to the recovery of sums unduly charged on the basis of Community regulations which have been declared invalid* ». Le verbe *décider* pourrait être compris comme niant le droit à la restitution dans de telles hypothèses.

Telle ne pourrait être l'intention de la Cour. Ayant reconnu le droit à la restitution dans le cas d'une taxe *nationale* contraire au traité, elle devrait admettre *a fortiori* un tel droit lorsque la taxe a été perçue en vertu d'une mesure *communautaire* incompatible avec le droit communautaire. Aussi est-il regrettable que la Cour n'ait pas suivi la démarche de l'avocat général Capotorti. En examinant la question posée, l'avocat général estimait qu'elle concernait « l'existence et, le cas échéant, la portée d'une obligation de restitution à la charge des organismes nationaux qui ont perçu des montants compensatoires monétaires en vertu

(57) *Ibid.*, p. 1899.

(58) Le premier règlement n° 549/75 de la Commission a été déclaré invalide par l'arrêt de la Cour dans l'aff. 131/77, *Milac, Rec.*, 1978, p. 1041.

(59) *Rec.*, 1980, p. 1900.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

de dispositions communautaires déclarées invalides par la suite » (60). Selon M. Capotorti, « le droit subjectif de récupérer les sommes versées au titre de charges communautaires dans l'hypothèse de versements partiellement ou totalement indus résulte de l'ordre juridique communautaire et, précisément, du principe général... commun aux États membres qui fait partie de cet ordre juridique » (61).

Au regard de la solution adoptée par la Cour dans l'affaire *Express Dairy Foods*, F. Hubeau considère que le seul fondement légal serait l'article 5 du traité qui traduit le principe de la *Gemeinschaftstreu*. Selon cet auteur, la Cour aurait ainsi reconnu, implicitement, l'effet direct de l'article 5, paragraphe 2, du traité, permettant ainsi aux particuliers de se fonder exclusivement sur cette disposition pour obtenir que des mesures nationales impliquant une certaine hostilité à l'encontre de la Communauté soient déclarées incompatibles avec le droit communautaire (62).

Par une des questions renvoyées à titre préjudiciel à la Cour de justice dans l'affaire *International Chemical Corporation* (63), la juridiction de renvoi désirait savoir en substance si, à la suite d'une déclaration d'invalidité d'un règlement communautaire en vertu duquel des versements ont été effectués, le particulier a droit au remboursement.

Au lieu de répondre à cette question de principe, la Cour a cherché dans quelle mesure le règlement concerné n'avait pas prévu l'étalement de ses effets pécuniaires, de sorte que la charge était répercutée sur les acheteurs en aval. Ayant constaté que tel était le cas, la Cour a conclu que l'existence de ce système « prive de fondement une action en répétition des montants des cautions constituées et déclarées acquises... » (64). Faut-il considérer *a contrario* qu'en l'absence d'un système de répercussion de la taxe, un droit au remboursement serait reconnu ?

Dans trois affaires portées devant la Cour, il était question du droit de l'administration nationale d'obtenir le remboursement des montants octroyés par erreur, ou de réclamer des sommes qui n'étaient pas exigées originellement en raison d'une application erronée du droit communautaire.

Dans l'affaire *Ferwerda* (65), il s'agissait de restitutions à l'exportation octroyées en application erronée du droit communautaire. Dans

(60) *Ibid.*, p. 1905.

(61) *Ibid.*, p. 1909.

(62) Article précité, *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 459.

(63) Aff. 66/80, *Rec.*, 1981, p. 1191.

(64) Attendu n° 24 de l'arrêt.

(65) Aff. 265/78, *Rec.*, 1980, p. 617, précitée.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

l'affaire *Lippische Hauptgenossenschaft* (66) étaient en cause des demandes de remboursement des primes de dénaturation lorsqu'il est apparu que les bénéficiaires n'avaient pas respecté les normes communautaires requises. Enfin, dans l'affaire *Salumi* (67), l'administration nationale cherchait à obtenir des suppléments de prélèvements agricoles par suite d'un arrêt de la Cour condamnant la méthode de calcul qu'elle avait employée.

Le droit, voire l'obligation, des autorités nationales d'exiger le remboursement des montants indûment accordés résulte de leur responsabilité en matière de finances communautaires. Dans ses arrêts, la Cour souligne que les procédures et litiges concernant les charges financières que les administrations des États membres sont chargées de percevoir pour le compte de la Communauté doivent être tranchés par les juridictions nationales en application du droit national (68). Ainsi, « il incombe aux juridictions des États membres d'assurer par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, la protection juridique découlant de l'effet direct des dispositions communautaires, aussi bien lorsque celles-ci engendrent des obligations pour les justiciables que lorsqu'elles leur accordent des droits » (69). Concernant le mécanisme d'intervention dans le cadre de la politique agricole commune, la Cour constate que la gestion de ce mécanisme est confiée aux organes nationaux. Il leur appartient d'assurer la surveillance des opérations bénéficiant des avantages financiers communautaires, de procéder aux vérifications nécessaires et « d'exiger la restitution de toute prime dont le versement apparaîtrait comme n'ayant pas été justifié en vertu des dispositions réglementaires applicables » (70). D'ailleurs, dans le cadre de la politique agricole commune, l'article 8 du règlement n° 729/70 prévoit expressément que les États membres prennent les mesures nécessaires pour, *inter alia*, « récupérer les sommes perçues à la suite d'irrégularités ou de négligences » (71).

Si le droit à la restitution des sommes perçues ou octroyées en violation du traité dérive de l'ordre juridique communautaire, son exercice se déroule devant les juridictions nationales. Aussi est-il nécessaire d'examiner les modalités nationales de l'action en restitution.

(66) Aff. jtes 119 et 126/79, *Rec.*, 1980, p. 1863, précitées.

(67) Aff. jtes 127 et 128/79, *Rec.*, 1980, p. 1237, précitées.

(68) *Voy. Rec.*, 1980, pp. 629 et 1263.

(69) *Ibid.*, p. 629.

(70) *Ibid.*, p. 1879.

(71) Règlement n° 729/70 du Conseil du 21 avril 1970 relatif au financement de la politique agricole commune, *J.O.C.E.*, n° L 94, 28 avril 1970, p. 13.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

II. – LES MODALITÉS NATIONALES DE L'ACTION
EN RÉPÉTITION DE L'INDU

Ainsi que l'a observé le professeur P. Pescatore, l'application du droit communautaire se fait dans plusieurs États membres qui restent soumis, chacun, à une souveraineté distincte, par le soin, selon le cas, d'administrations nationales et de magistratures judiciaires indépendantes (72). Dans l'application du droit communautaire, les États membres bénéficient d'une autonomie institutionnelle et procédurale. L'essentiel de ce principe a été formulé d'une manière succincte, mais pertinente, par le professeur J. Rideau en ces termes : « Les organes compétents, les procédures à utiliser pour la mise en œuvre du droit communautaire sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques » (73).

En exécutant leurs obligations communautaires, les États membres se conforment à l'article 5 du traité. Se référant à cette disposition, la Cour de justice a déclaré qu'« en prévoyant que les États membres prennent toutes dispositions propres à assurer l'exécution des obligations et qu'ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du traité, l'article 5 énonce une obligation générale des États membres dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité ou des règles qui se dégagent de son système général » (74).

Les cas réservés à la compétence exclusive de la Cour de justice exceptés, l'application judiciaire du droit communautaire est confiée aux juridictions nationales. Celles-ci appliquent aux actions impliquant le droit communautaire les règles de leur droit national. Comme l'a remarqué l'avocat général K. Roemer, « c'est... dans les principes de son ordre national que le juge doit trouver les éléments lui permettant de donner son plein effet à la règle communautaire, il se trouve en face d'une obligation de résultat, et non de moyens » (75).

L'applicabilité du droit national aux actions en justice fondées sur le droit communautaire en vue de la répétition de l'indu n'est qu'une

(72) P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, 2^e éd., Liège, Presses universitaires, 1973, p. 187.

(73) J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *Ann. fr. dr. intern.*, 1972, p. 862, spéc. p. 885.

(74) Aff. 2/73, *Riseria Luigi Geddo c. Ente Nazionale Risi*, *Rec.*, 1973, p. 865, spéc. p. 878 ; voy., également, aff. 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-GmbH & Co. KG*, *Rec.*, XVII, p. 587, spéc. pp. 498-499.

(75) Conclusions dans l'aff. 84/71, *SpA Marimex c. Ministère des finances de la République italienne*, *Rec.*, XVIII, p. 99, spéc. p. 102.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

concrétisation particulière de l'autonomie institutionnelle et procédurale des juridictions internes.

Mais le principe de l'autonomie des juridictions nationales peut être préjudiciable à certains aspects essentiels du fonctionnement de la Communauté. Ainsi que l'a observé le professeur R. Kovar, « bien que justement motivé par la structure des Communautés européennes, ce principe ne saurait prétendre s'imposer sans partage. Les risques sont évidents. L'absence d'homogénéité des voies de droit nationales est de nature à compromettre l'uniformité d'application du droit communautaire, l'égalité des droits qu'il reconnaît aux individus et, par-delà encore, sa primauté, élément essentiel de la construction européenne » (76). Aussi, l'auteur conclut-il, « l'autonomie institutionnelle, et spécialement lorsqu'elle s'applique au droit judiciaire, doit donc être assortie de limites » (77).

A. – Le principe de l'applicabilité du droit national

Les litiges relatifs à la restitution des sommes perçues en violation du traité et ceux concernant la récupération d'avantages financiers octroyés en application erronée du droit communautaire sont portés devant les juridictions nationales et tranchés en application du droit interne.

S'agissant des actions en justice tenant à la restitution des taxes perçues par les autorités étatiques en vertu d'une mesure nationale incompatible avec le droit communautaire, le renvoi au droit national paraît inévitable. L'organisation judiciaire interne échappe à la compétence communautaire, bien que des mesures en vertu de l'article 235 du traité ne doivent pas être exclues. À défaut de pareilles mesures, « les droits conférés par le droit communautaire doivent être exercés devant

(76) R. KOVAR, *in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, *op. cit.*, spéc. p. 251. Dans le même sens, le président J. MERTENS DE WILMARS remarque : « Une des difficultés sérieuses du système d'articulation réside dans le fait que le passage des règles communautaires, en vue de leur application, notamment juridictionnelle, par le canal de l'environnement national est de nature à créer des différences de traitement notables entre justiciables suivant qu'ils font valoir les droits qu'ils tirent de la règle communautaire dans le cadre de tel ou de tel ordre juridique national. Ces différences sont, dans certains cas, de nature à affecter l'effet utile de l'effet direct en le faisant varier notablement d'un État membre à l'autre. Elles peuvent jouer tantôt en faveur, tantôt au détriment des particuliers. Elles peuvent également créer des situations très inégales entre États membres en ce qui concerne les conséquences d'une violation du droit communautaire lorsque cette violation est au centre d'un litige entre l'État membre et des justiciables », « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *C.D.E.*, 1981, p. 379, spéc. p. 404.

(77) R. KOVAR, *op. cit.*, p. 251.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

les juridictions nationales selon les modalités déterminées par la règle nationale » (78).

En revanche, le droit communautaire est plus intimement associé avec les actions en restitution des sommes perçues par les autorités nationales agissant pour le compte de la Communauté, en vertu d'une disposition communautaire déclarée par la suite invalide et avec celles par lesquelles l'administration nationale cherche à récupérer des avantages financiers accordés en application erronée du droit communautaire. Bien que de telles actions soient également portées devant les juridictions nationales et tranchées selon le droit interne (79), le droit communautaire est plus directement mis en cause. En effet, une législation communautaire embryonnaire existe à ce sujet (80).

Outre la position de principe selon laquelle le droit national s'applique aux actions en restitution fondées sur la violation du droit communautaire, la Cour de justice a été amenée à se prononcer sur certains problèmes communs à de telles actions ainsi que sur certaines règles particulières des droits nationaux.

En premier lieu, la Cour a déclaré que les règles nationales de délais de recours, de déchéance et de prescriptions sont applicables aux actions en justice fondées sur le droit communautaire. Cette question a été posée, notamment, dans les affaires *Rewe* (81) et *Comet* (82). La Cour y affirme que le droit communautaire « n'interdit pas d'opposer à un justiciable qui attaque devant une juridiction nationale une décision d'une autorité nationale, pour incompatibilité avec le droit communautaire, l'échéance de délais de recours prévus par le droit national » (83). En effet, la Cour considère que la fixation de délais raisonnables en ce qui concerne les recours de nature fiscale constitue l'application du principe fondamental de la sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée (84). Il s'agissait, dans ces deux affaires, des actions en restitution des taxes nationales qui, à la suite des arrêts préjudiciels et en constatation de manquement, se sont

(78) Aff. 33/76, *Rewe*, précitée, *Rec.*, 1976, p. 1989, spéc. p. 1998 et également aff. 45/76, *Comet*, précitée, *Rec.*, p. 2043, spéc. p. 2053.

(79) Voy., p. ex., aff. 96/71, *R. & V. Haegeman c. Commission des Communautés européennes*, *Rec.*, XVIII, p. 1005, spéc. p. 1015 ; aff. 46/75, *IBC, Importazione bestiame carni SRL c. Commission des Communautés européennes*, *Rec.*, 1976, p. 65, spéc. pp. 79-80 ; aff. 26/74, *Société Roquette Frères c. Commission des Communautés européennes*, *Rec.*, 1976, p. 677, spéc. p. 686, et les arrêts *Ferwerda, Salumi* et *Lippische Hauptgenossenschaft*, cités en note 7.

(80) Voy. les règlements cités en note 3.

(81) Précitée.

(82) Précitée.

(83) *Rec.*, 1976, pp. 1998-1999 et p. 2053.

(84) *Ibid.*

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

révélées équivalentes à des droits de douane et, dès lors, incompatibles avec le traité.

Concernant le délai de forclusion des actions en justice tenant à la restitution des sommes perçues par les autorités étatiques en vertu d'une mesure nationale contraire au traité, le *Bundesverwaltungsgericht* a posé, dans l'affaire *Rewe*, une question intéressante. En effet, la juridiction de renvoi désirait savoir si un justiciable a un droit à la restitution après l'écoulement du délai de recours national au cas où la Cour de justice aurait constaté la violation du droit communautaire par la mesure nationale en vertu de laquelle le paiement a été effectué.

S'étant prononcée sur l'application du délai de recours national, la Cour a laconiquement déclaré que « la circonstance que la Cour s'est prononcée sur la question de la violation du traité n'a pas d'incidence sur la réponse donnée à la première question » (85).

Examinant cette réponse, le professeur R. Kovar écrit : « Il n'est pas certain que le meilleur parti ait été tiré de cette question. Certes, conformément à la logique de l'applicabilité directe des droits à restitution fondés sur l'article 13, paragraphe 2, du traité, le constat de manquement étatique par la Cour de justice ne saurait conditionner l'exigibilité du remboursement aux particuliers, mais était-il pour autant inutile de rechercher si l'arrêt de la Cour ne pourrait justifier la réouverture des délais des actions devant les instances nationales ? L'incertitude pouvant exister en ce qui concerne tant l'applicabilité directe d'une norme communautaire que la portée des obligations incombant aux États serait de nature à justifier une solution assouplissant les principes consacrés par la Cour » (86).

L'arrêt *Lippische Hauptgenossenschaft* (87) confirme l'applicabilité des règles de prescriptions nationales dans une situation différente. La juridiction de renvoi dans cette affaire a posé la question de savoir si le droit communautaire comportait des règles relatives aux délais dans lesquels l'administration nationale pouvait demander la récupération de prestations indûment versées. La Cour de justice a répondu que le droit communautaire ne contient aucune disposition pertinente en la matière, et que « le droit communautaire ne limite pas la liberté des autorités nationales compétentes d'appliquer, à la récupération d'avantages indûment accordés en vertu d'une réglementation communautaire, en l'absence d'une règle spécifique de prescription, les limitations qui

(85) *Ibid.*, p. 1999.

(86) Observations, « Droit communautaire et droit procédural national », *C.D.E.*, 1977, p. 227, spéc. p. 244.

(87) *Rec.*, 1980, p. 1863, précité.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

pourraient éventuellement résulter de l'application de principes généraux dans le droit du pays concerné » (88).

Ainsi, dans les affaires jusqu'à présent portées devant la Cour, celle-ci n'a considéré que les actions en restitution des sommes perçues en vertu d'une mesure nationale contraire au droit communautaire et les actions en remboursement des montants indûment accordés par l'administration. Il ne saurait y avoir de doutes qu'une solution identique s'applique au cas d'une action en restitution des sommes perçues en application d'une disposition communautaire déclarée par la suite invalide.

À cet égard, le législateur communautaire est intervenu. D'abord, le règlement n° 1430/79 du Conseil relatif au remboursement ou à la remise des droits à l'importation ou à l'exportation prévoit qu'il est procédé à un tel remboursement si la demande en est faite avant l'expiration d'un délai de trois ans à partir de la prise en compte desdits droits par l'autorité chargée du recouvrement (89). De même, le règlement n° 1679/79 du Conseil concernant le recouvrement *a posteriori* des droits à l'importation et à l'exportation qui n'ont pas été exigés du redevable dispose qu'une action en recouvrement des droits non perçus est engagée par les autorités compétentes dans un délai de trois ans à compter de la date de la prise en compte du montant primitivement exigé du contribuable et, à défaut d'une telle décision, à compter de la date de la naissance de la dette douanière applicable à la marchandise en cause (90).

Il convient également de mentionner une proposition de directive relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'exercice d'un droit de recours en matière douanière, présentée par la Commission au Conseil le 29 janvier 1981 (91). Par ce texte, la Commission propose qu'un droit de recours contre des décisions des autorités douanières soit reconnu aux particuliers. Les États membres seraient libres de choisir le délai dans lequel un tel recours devrait être introduit ; il est précisé, cependant, qu'il ne saurait être supérieur à trois mois (92).

(88) *Ibid.*, p. 1879.

(89) *J.O.C.E.*, n° L 175, 12 juillet 1979, p. 1, article 2, paragraphe 2, et article 14. La prise en compte est définie à l'article 1^{er} comme étant l'acte administratif par lequel est dûment établi le montant des droits à l'importation ou des droits à l'exportation à percevoir par les autorités compétentes.

(90) *J.O.C.E.*, n° L 197, 3 août 1979, p. 1, article 2, paragraphe 1^{er}, alinéa 2. La prise en compte est définie par l'article 1^{er}, paragraphe 2, (c), comme dans le règlement cité en note n° 89. La dette douanière est définie comme étant l'obligation d'une personne physique ou morale de payer le montant des droits à l'importation ou des droits à l'exportation applicables, en vertu des dispositions en vigueur, aux marchandises passibles de tels droits.

(91) *J.O.C.E.*, n° C 33, 14 février 1981, p. 2.

(92) *Ibid.*, article 2, paragraphe 2, alinéa 2.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

Une seconde question essentielle posée à la Cour de justice concerne le paiement des intérêts en cas de restitution. La Cour s'est prononcée sur cette question dans les affaires *Roquette Frères* (93) et *Express Dairy Foods* (94). Dans cette dernière, elle a déclaré qu'« il appartient aux autorités nationales et particulièrement aux juridictions nationales, en cas de restitution de redevances indûment perçues, de régler toutes questions accessoires ayant trait à cette restitution telle que le versement d'intérêts, en appliquant leurs règles internes concernant le taux d'intérêt et la date à partir de laquelle les intérêts doivent être calculés » (95).

Bien qu'énoncée à propos d'affaires mettant en cause la perception des montants par l'autorité nationale en vertu d'une disposition communautaire invalide, cette solution devrait s'appliquer aux autres cas de restitution. S'agissant, cependant, du remboursement de sommes versées par l'administration nationale en application erronée du droit communautaire, l'article 7 du règlement n° 1697/79 dispose que, « lorsque la non-perception du montant des droits à l'importation ou des droits à l'exportation légalement dus est imputable à une erreur des autorités compétentes, il n'est perçu aucun intérêt moratoire sur les sommes recouvrées *a posteriori* » (96).

Outre la reconnaissance que les délais de recours et la question d'intérêts en cas de restitution sont réglés par le droit national, la Cour a admis l'applicabilité de trois règles particulières propres à certains droits nationaux.

En premier lieu, dans l'affaire *McCarren* (97), la Cour reconnaît le droit du juge irlandais de prendre en considération les avantages financiers accordés aux individus en contrepartie de la taxe acquittée sur la base d'une mesure nationale contraire au traité. En second lieu, elle admet, dans l'affaire *Ferwerda* (98), la possibilité d'invoquer le principe de la sécurité juridique, conformément au droit néerlandais,

(93) Aff. 26/74, *Rec.*, 1979, p. 677, précitée.

(94) Aff. 130/79, *Rec.*, 1980, p. 1887, précitée.

(95) *Ibid.*, p. 1901. Dans l'arrêt 26/74, *Roquette*, la Cour avait déjà déclaré « que les litiges relatifs à la restitution de montants perçus pour compte de la Communauté relèvent, dès lors, de la compétence des juridictions internes et doivent être tranchés par celles-ci en application de leur droit national, dans la mesure où le droit communautaire n'a pas disposé en la matière ; qu'à défaut de dispositions communautaires sur ce point, il appartient actuellement aux autorités nationales de régler, en cas de restitution de redevances indûment perçues, toutes questions accessoires ayant trait à cette restitution, telles que le versement éventuel d'intérêts », *Rec.*, 1976, p. 686.

(96) *J.O.C.E.*, n° L 197, 3 août 1979, p. 1.

(97) Aff. 177/78, *Rec.*, 1979, p. 2161, précitée.

(98) Aff. 265/78, *Rec.*, 1980, p. 617, précitée.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

à l'encontre de l'administration qui cherche à récupérer les restitutions à l'exportation versées par erreur, sans qu'aucune faute ne puisse être imputée aux bénéficiaires.

Mais, parmi les règles nationales dont la Cour a admis l'applicabilité aux actions fondées sur le droit communautaire, c'est la règle jurisprudentielle danoise relative à la répercussion de la taxe sur les consommateurs qui semble être accueillie avec une faveur particulière.

Dans l'affaire *Hans Just* (99), le *Ostre Landsret* a voulu savoir si la règle du droit danois selon laquelle le juge était autorisé à prendre en considération le fait que le redevable ait pu répercuter le montant de la taxe illégalement perçue sur les acheteurs, de sorte qu'une condamnation judiciaire de l'État à restituer aboutirait à un enrichissement injustifié, pourrait s'appliquer aux actions fondées sur la violation du droit communautaire.

Admettant l'applicabilité d'un tel principe, la Cour de justice déclare que « la protection des droits garantis en la matière par l'ordre juridique communautaire n'exige pas d'accorder une restitution des taxes indûment perçues dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droit. Rien ne s'oppose donc, du point de vue du droit communautaire, à ce que les juridictions nationales tiennent compte, conformément à leur droit national, du fait que les taxes indûment perçues ont pu être répercutées sur les acheteurs » (100).

Le bien-fondé de cette règle danoise a été sévèrement critiqué, notamment par F. Hubeau. Dans un article fouillé publié récemment, l'auteur remarque qu'un seul arrêt des juridictions danoises consacre un tel principe. Au surplus, l'auteur démontre qu'une telle théorie rencontre des obstacles majeurs au regard du droit national, la théorie des obligations, et aussi au regard du droit communautaire (101).

Il n'en demeure pas moins que la Cour de justice paraît démesurément séduite par la théorie dite de la répercussion. D'abord, elle attire l'attention des juridictions de renvoi, en l'occurrence italienne et britannique (102), sur ce que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'elles tiennent compte du fait que la taxe a pu être incorporée dans le prix de l'entreprise redevable et répercutée ainsi sur les acheteurs conformément à leur droit national, alors même que ni le droit italien ni le droit anglais ne

(99) Aff. 68/79, *Rec.*, 1980, p. 501, précitée.

(100) *Ibid.*, p. 523.

(101) F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 442, spéc. pp. 450-456 et pp. 465-467.

(102) Dans les arrêts précités, *Denkavit italiana*, *Ariete*, *MIRECO*, *Essevi*, sur renvoi préjudiciel des juridictions italiennes et dans l'affaire *Express Dairy Foods*, précitée, émanant d'une juridiction britannique.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

prévoient une telle possibilité. Mais, surtout, dans l'affaire *International Chemical Corporation* (103), la Cour semble avoir érigé en règle du droit communautaire le principe reconnu dans l'affaire *Hans Just*. S'agissant des demandes de remboursement des cautions constituées et déclarées définitivement acquises sur la base d'un règlement communautaire invalide, la Cour cherche dans quelle mesure le règlement en cause, pendant la durée de son application, ne contenait pas de dispositions ayant une incidence quant à la restitution. Constatant que le règlement prévoyait la répercussion automatique de la charge imposée sur les acheteurs en aval, la Cour conclut que « l'existence, pendant toute la durée de la mise en vigueur du règlement concerné, d'un système spécialement agencé en vue de l'étalement des effets d'une mesure de politique économique prive de fondement une action en restitution des montants des cautions constituées et déclarées acquises, même si elle pourrait être exercée avec succès en vertu du seul droit national » (104).

Il est indifférent pour la Cour que l'opérateur économique concerné ait effectivement répercuté la charge ou qu'il s'en soit abstenu pour des raisons tenant à la stratégie économique de son entreprise. Pour elle, la constatation que le système prévu par le règlement permettait aux opérateurs de répercuter aux stades ultérieurs du processus économique la charge qui leur était illégalement imposée conduit à elle seule à priver une action en restitution de toute base juridique (105).

Observons que la Cour raisonne par rapport à une *mesure de politique économique*, expression empruntée au contentieux de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté, où elle a été introduite en vue d'établir une certaine immunité pour certains actes (106). D'autre part, la Cour n'envisage pas toute répercussion de la taxe sur les consommateurs, mais seulement considère l'effet d'un *système spécialement agencé* en vue de l'étalement des effets de la charge imposée.

Outre les critiques formulées par F. Hubeau à l'encontre de la théorie de la répercussion en rapport avec l'arrêt *Hans Just* (107), cet auteur émet des réserves des plus sérieuses quant au bien-fondé de cette solution en droit communautaire. Il lui apparaît audacieux que la Cour se fonde sur un texte qu'elle a déclaré en entier et sans réserve non valide.

(103) Aff. 66/80, *SpA International Chemical Corporation c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, Rec., 1981, p. 1191.

(104) Attendu n° 24.

(105) Attendu n° 25.

(106) Voy. nos observations, « "Injustice normative" et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne », *C.D.E.*, 1977, p. 435, spéc. pp. 452 et s. Voy., dans le présent recueil, p. 299.

(107) *Rev. trim. dr. eur.*, 1981, p. 450, cité en note 101.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

Au surplus, il pourrait être contradictoire que l'action en répétition soit exclue au motif que la charge indue aurait pu être répercutée sur les ayants cause des redevables de celle-ci alors que le règlement, précisément, a été déclaré non valide pour violation des principes de non-discrimination et de proportionnalité (108). Mais l'auteur reconnaît qu'il n'est pas impossible qu'au lieu de faire jurisprudence, cette décision ne soit qu'un arrêt d'espèce et non de principe (109).

La reconnaissance de l'applicabilité du droit national aux actions en restitution portées devant les juridictions internes pour violation du droit communautaire conduit nécessairement à admettre une diversité des régimes juridiques applicables.

S'agissant des taxes nationales contraires au traité, la Cour déclare que, « lorsque la conséquence d'une règle de droit communautaire... est d'interdire... la perception de taxes ou redevances nationales, la garantie des droits que l'effet direct de pareille interdiction accorde aux justiciables n'exige pas nécessairement une règle uniforme et commune aux États membres des conditions de forme et de fond à l'observation desquelles la contestation ou la récupération de ces taxes est subordonnée » (110). La Cour constate que les droits nationaux offrent une gamme variée de règles relatives aux actions en restitution. De telles actions sont soumises, dans certains États membres, aux juridictions administratives et, dans certains autres, aux juridictions judiciaires. Les règles relatives aux délais et déchéances sont très diverses. Au surplus, à l'intérieur d'un même État, des règles différentes s'appliquent selon la taxe ou la redevance en cause.

Obligée d'admettre une telle diversité, la Cour déclare cependant que, dans la mesure où les disparités des dispositions nationales s'avèreraient de nature à provoquer des distorsions ou à nuire au fonctionnement du Marché commun, le législateur communautaire serait en droit d'intervenir sur la base des articles 100 à 102 et 235 du traité (111).

L'absence de disposition communautaire est jugée plus sévèrement par la Cour lorsqu'il s'agit de restitution des montants perçus par les autorités nationales en vertu d'une mesure communautaire invalide. Ainsi, dans l'arrêt *Express Dairy Foods* (112), elle déclare qu'« en l'absence regrettable de dispositions communautaires d'harmonisation

(108) *Ibid.*, p. 465.

(109) *Ibid.*, p. 467, note 117.

(110) Aff. 61/79, *Denkavit italiana, Rec.*, 1980, p. 1205, spéc. p. 1225. Voy., également, aff. 811/79, *Ariete, Rec.*, 1980, p. 2545, spéc. p. 2554 ; aff. 826/79, *MIRECO, Rec.*, 1980, p. 2559, spéc. pp. 2573-2574.

(111) Aff. 33/76, *Rewe, Rec.*, 1976, p. 1998 ; aff. 45/76, *Comet, Rec.*, 1980, p. 2053.

(112) *Rec.*, 1980, p. 1887, précité.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

des procédures et des délais, la Cour constate que cette situation entraîne des différences de traitement à l'échelle de la Communauté ». Elle estime qu'il ne lui appartient pas d'édicter des règles générales en la matière, ce qui relève de la compétence des autres institutions communautaires. Cependant, la Cour indique l'orientation générale que la législation communautaire devrait suivre. Pour elle, « la réglementation à adopter devrait impliquer un traitement égal en ce qui concerne les conditions de forme et de fond dans lesquelles les opérateurs économiques pourraient contester les impositions communautaires mises à leur charge et en demander la restitution en cas de paiements indus, ainsi qu'une égalisation analogue des conditions dans lesquelles les administrations des États membres, agissant pour compte de la Communauté, perçoivent lesdites impositions et, le cas échéant, récupèrent des avantages financiers qui auraient été irrégulièrement octroyés » (113).

S'agissant, précisément, des demandes de recouvrement des montants accordés par erreur, la Cour déclare, dans l'arrêt *Ferwerda* (114), que « les redevances qui alimentent le budget communautaire et les avantages financiers à charge de ce budget doivent être réglées et appliquées de façon à grever uniformément ou à faire bénéficier de façon uniforme tous ceux qui se trouvent dans les conditions déterminées par la réglementation communautaire pour en être frappés ou pour en bénéficier. Cette exigence devrait impliquer l'absence de discrimination en ce qui concerne les conditions de forme et de fond dans lesquelles, d'une part, les opérateurs économiques peuvent contester les impositions communautaires mises à leur charge, en demander la restitution en cas de paiement indu ou réclamer le bénéfice des avantages financiers de nature communautaire auxquels ils ont droit et dans lesquelles, d'autre part, les administrations des États membres, agissant pour compte de la Communauté, peuvent percevoir lesdites impositions et, le cas échéant, répéter des avantages financiers qui auraient été irrégulièrement octroyés » (115).

La reconnaissance de l'applicabilité des règles du droit national aux actions fondées sur le droit communautaire ne saurait être absolue. Certains impératifs communautaires essentiels viennent encadrer cette autonomie procédurale et constituent le seuil au-delà duquel le droit national ne devrait s'appliquer (116).

(113) *Ibid.*, p. 1900.

(114) *Rec.*, 1980, p. 617.

(115) *Ibid.*, p. 628.

(116) Voy. R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, op. cit.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

B. – Les limitations de l'applicabilité du droit national

La diversité de règles et de solutions nationales entraîne, inévitablement, une disparité des régimes juridiques applicables aux actions fondées sur le droit communautaire. Aussi est-on en droit d'estimer que les caractères fondamentaux du droit communautaire et les impératifs qui commandent son application constituent autant de limitations à l'applicabilité du droit national. En effet, aucune règle nationale ne devrait affaiblir l'effet utile du droit communautaire, mettre en échec sa primauté ou restreindre son effet direct. En revanche, l'uniformité absolue du droit communautaire ne peut, du fait de l'applicabilité du droit national, être atteinte.

S'agissant de l'application judiciaire du droit communautaire par les juridictions internes, la Cour a déclaré sans ambages, dans son arrêt *Simmenthal* (117), que serait incompatible « avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires » (118). Et la Cour d'insister sur l'exigence d'appliquer immédiatement et intégralement le droit communautaire et sur l'obligation de lui assurer son plein effet.

Les limitations à l'applicabilité du droit national aux actions fondées sur le droit communautaire ont été essentiellement, mais non exclusivement (119), énoncées à propos des affaires mettant en cause la perception ou l'octroi de montants incompatibles avec le droit communautaire.

Examinant les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour en cette matière, le président J. Mertens de Wilmars constate : « Une première limitation... est que le champ n'est laissé à l'environnement national que dans la mesure où le droit communautaire n'a pas

(117) Aff. 106/77, *Rec.*, 1978, p. 629.

(118) *Ibid.*, p. 644.

(119) Certaines limitations quant au pouvoir répressif national ont été énoncées par la Cour dans des affaires relatives à la libre circulation des marchandises telles que aff. 41/76, *Donckerwolcke, Rec.*, 1976, p. 1921 ; aff. 52/77, *Leonice Cayrol c. Giovanni Rivoira & Figli, Rec.*, 1977, p. 2261 ; aff. 179/78, *Procureur de la République c. Michelangelo Rivoira e.a., Rec.*, 1979, p. 1147. En matière de libre circulation des travailleurs, voy., notamment, aff. 118/75, *Watson, Rec.*, 1976, p. 1185 ; aff. 30/77, *Bouchereau, Rec.*, 1977, p. 1999 ; aff. 8/77, *Sagulo, Rec.*, 1977, p. 1495 ; aff. 157/79, *Pieck, Rec.*, 1980, p. 2171.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

disposé lui-même... Une seconde limitation... se présente comme une règle de non-discrimination. Les modalités nationales qui permettent l'exercice en justice d'un droit ou qui conditionnent l'exécution d'une obligation communautaire, ne peuvent être moins favorables que celles qui concernent des recours similaires de nature interne... Enfin une troisième limite est exprimée... par une formule apodictique selon laquelle l'environnement national "ne doit pas rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire". Il n'est pas interdit de croire », conclut le président de la Cour de justice, « qu'elle a été énoncée *ex majora cautela*, car elle se trouve déjà inscrite dans les deux premières limitations, en ce sens que le principe fondamental de l'effet direct de la règle communautaire serait évidemment violé si le passage obligé de cette règle à travers son environnement annulait cet effet direct » (120).

Il convient d'observer également que, selon la Cour, des limitations identiques s'appliquent tant au cas d'un renvoi explicite qu'implicite au droit national (121).

Les limitations d'ordre général quant à l'applicabilité des règles du droit national aux actions fondées sur le droit communautaire ont été énoncées par la Cour dans les arrêts *Rewe* (122) et *Comet* (123). Certaines formules employées par la Cour dans ces deux arrêts ont été reprises dans d'autres (124). C'est souvent par rapport à l'obligation du juge national d'assurer la sauvegarde des droits engendrés par les normes communautaires directement applicables que la Cour se prononce en cette matière.

Selon la Cour de justice, le droit national s'applique « en l'absence de réglementation communautaire en la matière » et « à défaut de... mesures d'harmonisation ». Les modalités du droit processuel national s'appliquent à condition de ne pas être « moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ». Ces modalités et délais de recours nationaux s'appliquent tant qu'ils n'aboutissent pas à rendre pratiquement impossible « l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder ». Quant aux délais de recours prévus par le droit national, la Cour considère qu'ils

(120) Article précité, *C.D.E.*, 1981, spéc. pp. 398 et s.

(121) Voy. aff. 265/78, *Ferwerda, Rec.*, 1980, p. 617, spéc. p. 629 ; aff. jtes 66, 127 et 128/79, *Salumi, Rec.*, 1980, p. 1237, spéc. p. 1263.

(122) Précité.

(123) Précité.

(124) Voy. aff. 61/79, *Denkavit italiana* ; aff. 68/79, *Hans Just* ; aff. 811/79, *Ariete* ; aff. 826/79, *MIRECO*, précitées. Voy., également, aff. 130/79, *Express Dairy Foods* ; aff. 265/78, *Ferwerda* ; aff. jtes 66, 127 et 128/79, *Salumi*, précitées.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

s'appliquent aux actions fondées sur le droit communautaire à condition d'être « raisonnables ».

Avant d'illustrer l'application jurisprudentielle de ces principes limitatifs, il convient de formuler une observation. Alors que l'exigence de non-discrimination et de parité avec le droit national est susceptible d'être respectée par le juge, il n'en est pas de même pour les autres principes. En d'autres termes, tenu de respecter la parité avec le régime des actions exclusivement nationales, le juge interne possède un standard de comparaison. Dès lors qu'il existe deux normes processuelles, l'une régissant les actions purement internes, l'autre spécialement destinée à régir les actions fondées sur le droit communautaire, le juge serait en mesure d'écarter la règle formulée pour les secondes et d'appliquer celle prévue pour les premières. En revanche, dans la mesure où le juge considère que les modalités prévues en droit national rendent pratiquement impossible l'exercice du droit tiré par le justiciable d'une disposition communautaire, il n'est pas certain qu'il puisse assouplir de son propre chef de telles modalités. La même observation vaut pour le cas où le juge estime que les délais de recours prévus par la législation nationale sont déraisonnables. Il est douteux que le juge soit autorisé à les prolonger lui-même.

Les limitations apportées à l'applicabilité du droit national aux actions fondées sur le droit communautaire révèlent le caractère subsidiaire, provisoire, conditionnel et relatif de l'autonomie processuelle des États membres dans la mise en œuvre judiciaire du droit communautaire. La jurisprudence permet d'illustrer certains de ces caractères.

La nature subsidiaire et provisoire de l'applicabilité du droit national résulte des arrêts *Rewe* et *Comet*. Elle a été réitérée à maintes reprises dans les affaires *Hans Just* (125), *Denkavit italiana* (126), *Ariete* (127) et *MIRECO* (128). La Cour déclare dans toutes ces affaires que le droit national s'applique aux actions en restitution des sommes perçues par les autorités nationales en violation du droit communautaire « en l'absence de réglementation communautaire en la matière ». Dans les arrêts *Rewe* et *Comet*, elle a admis l'applicabilité des délais de recours nationaux « en l'état actuel du droit communautaire ».

Le même caractère a été souligné dans des affaires mettant en cause la perception par les autorités nationales des montants prévus par une réglementation communautaire déclarée par la suite invalide, et dans

(125) Précitée.

(126) Précitée.

(127) Précitée.

(128) Précitée.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

celles où l'administration cherche à récupérer des avantages pécuniaires indûment accordés. Ainsi, dans les arrêts *Roquette Frères* (129), *Express Dairy Foods* (130), *Ferwerda* (131) et *Salumi* (132), la Cour déclare que le droit processuel national s'applique « dans la mesure où le droit communautaire n'a pas autrement disposé en la matière ». Elle reconnaît, dans l'affaire *Ferwerda*, qu'une règle nationale relative à la sécurité juridique peut être opposée à l'encontre de l'administration, s'agissant des demandes de recouvrement des montants accordés par erreur, « dans l'état actuel de l'évolution du droit communautaire » (133). De même, elle admet, dans l'affaire *Lippische Hauptgenossenschaft*, que les délais nationaux s'appliquent, car le droit communautaire, ne comportant pas « en son état actuel » de dispositions pertinentes en la matière, ne s'y oppose pas (134).

Les mêmes considérations apparaissent lorsque la Cour admet l'applicabilité du droit national en matière d'intérêts moratoires et de toute question accessoire ayant trait à la restitution. Ces matières sont réglées « actuellement » par le droit interne (135).

Le droit national doit céder la place lorsque le droit communautaire règle lui-même la question considérée. Ainsi que nous l'avons vu, dans l'affaire *International Chemical Corporation* (136), la Cour cherchait dans quelle mesure le règlement communautaire en cause ne prévoyait pas lui-même la répercussion de la charge illégalement imposée sur les acheteurs en aval. Ayant constaté que le règlement organisait un système d'étalement de ses effets, la Cour constate donc que le droit communautaire a disposé en la matière et que la possibilité d'une telle répercussion prive de fondement une action en restitution « même si elle pourrait être exercée avec succès en vertu du seul droit national » (137).

La règle du droit national appliquée aux actions fondées sur le droit communautaire ne devrait pas rendre pratiquement impossible l'exercice du droit engendré par les normes communautaires. Si la Cour reconnaît dans l'affaire *Ferwerda* (138), ainsi que nous l'avons constaté,

(129) Aff. 26/74, *Rec.*, 1976, p. 677, spéc. p. 686 ; aff. 130/79, *Rec.*, 1980, p. 1887, spéc. p. 1899 ; aff. 265/78, *Rec.*, 1980, p. 617, spéc. p. 629 ; aff. jtes 66, 127 et 128/79, *Rec.*, 1980, p. 1237, spéc. p. 1263.

(130) Aff. 130/79, *Rec.*, 1980, p. 1887, spéc. p. 1889.

(131) Aff. 265/78, *Rec.*, 1980, p. 617, spéc. p. 629.

(132) Aff. jtes 66, 127 et 128/79, *Rec.*, 1980, p. 1237, spéc. p. 1263.

(133) *Rec.*, 1980, p. 631.

(134) Aff. jtes 119 et 126/79, *Rec.*, 1980, p. 1879.

(135) Aff. 26/74, *Roquette, Rec.*, 1976, p. 686 ; aff. 130/79, *Express Dairy Foods, Rec.*, 1980, p. 1901.

(136) Aff. 66/80, *Rec.*, 1981, p. 1191.

(137) Attendu n° 24 de l'arrêt.

(138) Précitée, *Rec.*, 1980, p. 617.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

qu'une règle de sécurité juridique peut être opposée à l'administration lors des demandes de remboursement des montants accordés par erreur, la Cour précise que « toute considération quelconque qu'une des législations nationales des États membres déduit ou permet de déduire d'un principe de sécurité juridique ne saurait faire, en tout état de cause, échec à une demande en récupération d'avantages financiers communautaires indûment octroyés. Il faut examiner, dans chaque cas, si cette application ne met pas en cause le fondement même de la règle imposant cette récupération et n'aboutit pas à rendre celle-ci pratiquement impossible » (139).

En l'absence de réglementation communautaire pertinente, la Cour de justice exige des juridictions nationales d'appliquer leur droit interne commun aux actions fondées sur le droit communautaire.

La parité avec le droit national est d'abord globale. En effet, dans l'arrêt du 7 juillet 1981, dans l'affaire dite des *Croisières du beurre* (140), la Cour a déclaré que « le système de protection juridique mis en œuvre par le traité, tel que l'exprime en particulier l'article 177, implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national » (141).

Il en résulte que les États membres sont tenus de mettre à la disposition des justiciables désirant faire prévaloir des droits tirés des normes communautaires l'ensemble des remèdes juridictionnels prévus par la législation interne. Ils ne sauraient restreindre ou limiter l'applicabilité de règles nationales ou subordonner l'exercice des actions fondées sur le droit communautaire à l'utilisation de certaines procédures nationales seulement, alors que les actions similaires fondées exclusivement sur le droit interne pourraient être intentées par d'autres procédures et seraient régies par d'autres règles.

L'exemple le plus éloquent à cet égard est fourni par l'affaire *Salumi* (142). Par l'une des questions renvoyées à la Cour de justice par la Cour de cassation italienne, cette dernière désirait savoir si le droit national pouvait limiter dans le temps le droit de l'administration d'exiger le paiement supplémentaire qui n'était pas exigé originellement à la suite d'une application erronée du droit communautaire

(139) *Ibid.*, p. 630.

(140) Aff. 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH & Rewe-Markt Steffen, Kiel c. Hauptzollamt Kiel*, *Rec.*, 1981, p. 1805.

(141) Attendu n° 44 de l'arrêt.

(142) Précitée, *Rec.*, 1980, p. 1237.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

par l'administration. Plus particulièrement, était en cause la conformité avec le traité du décret italien aux termes duquel l'administration nationale n'était pas en droit d'exiger des paiements supplémentaires au-delà de la date de l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice duquel il résultait que la méthode de calcul employée par l'administration était erronée (143).

Par son arrêt du 27 mars 1980 (144), la Cour condamne une règle spécialement destinée à régir des actions fondées sur la violation du droit communautaire, en dérogation du droit commun applicable aux actions similaires purement internes. Pour elle, « une réglementation nationale spéciale relative à la perception des taxes et redevances communautaires qui limiterait les pouvoirs accordés à l'administration nationale pour assurer la perception de ces taxes, par comparaison avec les pouvoirs accordés à cette même administration s'agissant de taxes ou redevances nationales du même type, ne serait donc pas conforme au droit communautaire » (145).

Il convient d'observer que de telles actions sont aujourd'hui réglées par un texte communautaire. En effet, le 1^{er} juillet 1980 est entré en vigueur le règlement du Conseil n° 1697/79 concernant le recouvrement *a posteriori* des droits à l'importation ou à l'exportation qui n'ont pas été exigés du redevable pour des marchandises déclarées pour un régime douanier comportant l'obligation de payer de tels droits (146). Aux termes de ce règlement, une action en recouvrement ne peut être engagée après l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la date de la prise en compte du montant primitivement exigé du redevable ou, s'il n'y a pas eu de prise en compte, à compter de la date de la naissance de la dette douanière relative à la marchandise en cause (147).

Se prévalant de ce règlement, *Salumi* a tenté de bénéficier de ses effets. Cette tentative a échoué à la suite d'un second arrêt préjudiciel de la Cour de justice en date du 12 novembre 1981 (148). Dans cet arrêt, la Cour a déclaré que le règlement en cause « remplaçant les réglementations nationales en la matière » ne saurait avoir effet rétroactif. Le règlement ne vise que les opérations d'importation et d'exportation pour lesquelles les liquidations des droits ont été effectuées à compter du 1^{er} juillet 1980, date de son entrée en vigueur (149).

(143) Aff. 113/75, *Frecassetti*, *Rec.*, 1976, p. 983, arrêt du 15 juin 1979.

(144) *Rec.*, 1980, p. 1237, précité.

(145) *Ibid.*, p. 1264.

(146) *J.O.C.E.*, n° L 197, 3 août 1979, p. 1.

(147) Article 2, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}.

(148) Aff. jtes 212 à 217/80, *Rec.*, 1981, p. 2735.

(149) Attendus n^{os} 11 et 15 de l'arrêt.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

Mais, tant que le législateur communautaire n'est pas intervenu, la Cour reconnaît l'applicabilité du droit national en matière de restitution aux actions fondées sur le droit communautaire. Ainsi, le juge irlandais est autorisé à tenir compte des avantages financiers accordés à celui qui était astreint à acquitter une taxe nationale contraire au traité « selon le droit national » (150). De même, le juge danois peut prendre en considération l'éventuelle répercussion de la taxe illégalement perçue « conformément au droit national » (151).

* *
*

La légalité communautaire qui influe, encadre et conditionne la légalité nationale requiert que des voies de recours internes soient aménagées afin de permettre aux juridictions étatiques d'assurer son respect.

En matière de répétition de l'indu, le droit au remboursement du particulier qui a versé des taxes contraires au droit communautaire naît directement de la disposition communautaire qui en a énoncé l'interdiction (152). Cependant, en raison de la structure de la Communauté, l'individu, titulaire d'un droit dérivant de l'ordre juridique communautaire, est renvoyé à l'arsenal des voies de droit nationales pour l'exercice d'une action contentieuse tenant à revendiquer le respect d'un tel droit. Or, comme l'a remarqué le professeur J. Rideau, « les contentieux nationaux n'ayant pas été conçus pour la solution des différends nés de l'application du droit communautaire, les moyens dont disposent les juges nationaux ne sont pas toujours adaptés à l'exercice de leur mission communautaire » (153). Aussi est-on surpris de lire dans un arrêt récent de la Cour que, « si le traité a créé un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées, le cas échéant, devant la Cour de justice, 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 » (154).

Le président J. Mertens de Wilmars a résumé judicieusement cette problématique : « Sans doute », écrit-il, « à la base même de la solida-

(150) Aff. 177/78, *McCarren, Rec.*, 1979, p. 2161, spéc. p. 2191.

(151) Aff. 68/79, *Hans Just, Rec.*, 1980, p. 501, spéc. p. 523.

(152) Voy. les conclusions de l'avocat général CAPOTORTI, sous aff. 130/79, *Express Dairy Foods, Rec.*, 1980, p. 1903, spéc. p. 1909.

(153) J. RIDEAU, « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *D.*, 1974, chron., p. 147, spéc. p. 156.

(154) Aff. 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord MBH & Rewe-Markt Steffen, Kiel c. Hauptzollamt Kiel, Rec.*, 1981, p. 1805, attendu n° 44.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

rité qui rassemble les États et les peuples dans les Communautés, il y a l'adhésion aux institutions démocratiques qui implique, comme allant de soi, l'existence dans chaque État membre d'organes réalisant l'État de droit. Leur absence ou leur insuffisance notoire signifierait que ne sont pas ou ne sont plus réalisées les conditions de l'appartenance à la Communauté. Mais l'existence, dans chaque État membre, de systèmes de protection juridique assurés, fondés sur le droit et appropriés aux nécessités et particularités nationales, n'implique pas *ipso facto* une aptitude égale de ce système à assurer une protection adéquate dans un ordre juridique commun, distinct par définition des ordres juridiques nationaux » (155).

(155) J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protections juridiques contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *C.D.E.*, 1981, p. 379, spéc. p. 381.

- 15 -

**NOTE SUR L'ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE DANS LES
AFFAIRES JOINTES C-6/90 ET C-9/90, ANDREA FRANCOVICH
ET DANILA BONIFACI E.A. C. RÉPUBLIQUE ITALIENNE***

En octobre 1980, le Conseil des ministres des Communautés européennes a adopté une directive concernant le rapprochement des législations des États membres relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (1). Cette directive impose aux États membres l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour que des institutions de garantie assurent, en cas d'insolvabilité de l'employeur, le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail et portant sur la rémunération. La directive a été notifiée aux États membres qui disposaient d'un délai de trente-six mois pour la transposer et mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires.

Des mesures nationales de transposition de directives communautaires en droit interne sont généralement requises (2). Cependant, lorsque le droit national existant permet d'atteindre les objectifs visés par la directive, aucune transposition n'est nécessaire. En effet, la Cour a déclaré que l'existence des principes généraux de droit constitutionnel ou administratif interne et, plus généralement, le contexte juridique national peuvent rendre superflue la transposition d'une directive, dès lors que la pleine application de cette dernière par l'administration nationale est assurée (3). La Cour a tout particulièrement souligné que, lorsque la directive vise à créer des droits pour les particuliers, la situation juridique qui découle des principes généraux du droit interne ou du contexte juridique national doit être suffisamment précise et claire pour que « les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant les juridictions nationales » (4).

* C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c. République italienne*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, 1991, p. I-5357.

(1) *J.O.C.E.*, n° L 283, 28 octobre 1980, p. 23.

(2) C.J.C.E., 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, aff. 102/79, *Rec.* 1980, pp. 1473-1487.

(3) C.J.C.E., 23 mai 1985, *Commission c. Allemagne*, aff. 29/84, *Rec.*, p. 1661, et C.J.C.E., 9 avril 1987, *Commission c. Italie*, aff. 363/85, *Rec.*, p. 1733.

(4) Aff. 29/84 et aff. 363/85, préc.

NOTE SUR L'ARRÊT *FRANCOVICH ET BONIFACI*

Deux États membres de la Communauté, l'Italie et la Grèce, n'avaient pris aucune mesure pour la mise en œuvre de ladite directive. Estimant que le droit existant dans ces deux pays ne permettait pas d'atteindre les objectifs visés par cette dernière, la Commission a introduit des recours en constatation de manquement contre ces deux États. Dans les deux affaires, la Cour de justice a reconnu le bien-fondé des allégations de la Commission et a constaté que l'Italie et la Grèce ont, en effet, manqué aux obligations qui leur incombent en vertu du traité (5).

L'employeur insolvable de M. Andrea Francovich lui devait 6 millions de lires italiennes ; l'employeur en faillite de M^{me} Danila Bonifaci lui devait, ainsi qu'à trente-trois de ses collègues, la somme de 253 millions de lires italiennes. Ces employés ont introduit devant les juridictions internes des recours contre l'État italien pour demander la condamnation de ce dernier au paiement des créances dues, conformément à la directive ou, à défaut, au paiement de dommages et intérêts. Les juridictions italiennes ont renvoyé trois questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes. Ayant joint les deux affaires (6), la Cour a rendu son arrêt le 19 novembre 1991 (7). L'importance des principes soulevés par ces deux affaires a été bien comprise. En effet, outre les parties au principal et la Commission, qui soumet ses observations dans toutes les affaires préjudicielles devant la Cour de justice, les gouvernements italien, néerlandais, britannique et allemand ont également fait connaître leurs vues à la Cour.

Par la première question, les juridictions italiennes ont voulu savoir si des personnes privées ayant subi un dommage en raison de l'absence de transposition par l'État de la directive pouvaient invoquer les dispositions directement applicables de celle-ci pour demander leur application par l'État et réclamer la réparation des dommages subis du fait de l'inexécution par ce dernier des dispositions dépourvues d'effet direct.

La réponse de la Cour de justice à la première question a enlevé tout intérêt aux deux autres. La Cour a considéré que la première question posait deux problèmes distincts et les a examinés séparément. En premier lieu, elle a recherché si les dispositions de la directive qui définissent les droits des travailleurs leur étaient directement applicables. En second lieu, elle a abordé la question de la responsabilité de l'État pour dommages découlant de la violation du droit communautaire.

(5) C.J.C.E., 2 février 1989, aff. 22/87, *Rec.*, p. 163, et C.J.C.E., 8 novembre 1990, aff. C-53/88, *Rec.*, p. I-3917.

(6) Ordonnance du 14 mars 1990.

(7) C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c. République italienne*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, 1991, p. I-5357.

NOTE SUR L'ARRÊT *FRANCOVICH ET BONIFACI*

Le premier thème a été examiné à la lumière de la jurisprudence relative à l'effet direct des directives. Depuis son arrêt *Van Duyn* (8), tel qu'explicité par l'arrêt *Ratti* (9), la Cour de justice a constamment admis que « l'État membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par une directive ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte. Ainsi, dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées, à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore si elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État » (10). Dans l'affaire *Marshall* (11), la Cour a souligné « qu'une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne », mais seulement à l'égard de l'État, « quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique » (12). Dans son arrêt *Foster* (13), elle a davantage expliqué que les dispositions d'une directive peuvent être invoquées à l'encontre d'organismes ou d'entités qui sont soumis à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui disposent de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux résultant des règles applicables dans les relations entre particuliers (14).

Pour déterminer si les dispositions de la directive définissant les droits des employés sont directement applicables et créent des droits que les intéressés peuvent faire valoir à l'encontre de l'État devant les juridictions internes, la Cour a considéré trois aspects distincts : l'identité des bénéficiaires de la garantie, le contenu de la garantie, et l'identité du débiteur de la garantie. S'agissant des deux premiers, la Cour a considéré, au terme de son analyse, que les dispositions de la directive sont suffisamment précises et inconditionnelles et, par conséquent, directement applicables. En ce qui concerne le troisième, elle a, en revanche, estimé que tel n'était pas le cas. La Cour a souligné,

(8) C.J.C.E., 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Rec.*, p. 1337.

(9) C.J.C.E., 5 avril 1979, aff. 148/78, *Rec.*, p. 1629.

(10) C.J.C.E., 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81, *Rec.*, p. 53, spéc. p. 71.

(11) C.J.C.E., 26 février 1986, aff. 152/84, *Rec.*, p. 723.

(12) *Ibid.*, p. 749. Voy., également, C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651, spéc. p. 1691.

(13) C.J.C.E., 12 juillet 1990, aff. C-188/89, *Rec.*, p. I-3313.

(14) *Ibid.*, spéc. p. I-3348.

NOTE SUR L'ARRÊT *FRANCOVICH ET BONIFACI*

notamment, que l'article 5 de la directive reconnaît aux États membres une grande marge d'appréciation en ce qui concerne l'organisation, le fonctionnement et le financement des institutions de garantie. L'obligation de paiement incombe aux institutions de garantie en tant que telles, et non pas à l'État. Le fait que l'État puisse assumer lui-même cette obligation ne signifie pas, selon la Cour, qu'il doive être identifié en tant que débiteur des créances impayées. Pour cette raison, elle a conclu que, nonobstant le fait que les dispositions de la directive concernant l'identité des bénéficiaires de la garantie et le contenu de celle-ci sont suffisamment précises et inconditionnelles, puisque celles relatives à l'identité du débiteur ne le sont pas, la directive en cause ne saurait être invoquée devant les juridictions internes contre l'État pour exiger le paiement dû en vertu de cette dernière.

Une première lecture de la jurisprudence de la Cour pouvait amener à considérer que le fait de nier un effet direct aux dispositions de la directive qui définissent les droits des employés devait suffire pour régler l'affaire. Les dispositions communautaires qui n'ont pas d'effet direct ne créent pas de droits au profit des particuliers et ne peuvent pas être invoquées par des personnes privées devant les juridictions nationales. Tel est l'enseignement d'une jurisprudence constante de la Cour depuis sa première décision en matière d'applicabilité directe (15). Une affaire pertinente à cet égard est l'affaire *Enichem* (16). Dans son arrêt, après avoir déclaré que la directive n° 75/442 relative aux déchets (17) n'engendre aucun droit dans le chef des particuliers, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la question de savoir si les autorités nationales étaient tenues de réparer le dommage résultant de la violation du droit communautaire par une mesure administrative nationale.

Dans l'affaire *Francovich*, cependant, en dépit du fait que les dispositions de la directive définissant les droits des employés ne pouvaient pas être invoquées par des particuliers contre l'État devant les juridictions internes pour demander les paiements dus, la Cour a examiné, néanmoins, la question de la responsabilité de l'État. La différence entre les affaires *Enichem* et *Francovich* réside dans le fait que, dans cette dernière décision, la directive a été considérée comme visant à créer des droits au profit des employés, contenant des dispositions suffisamment claires et inconditionnelles en ce qui concerne

(15) C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 3.

(16) C.J.C.E., 13 juillet 1989, aff. 380/87, *Rec.*, p. 2491.

(17) *J.O.C.E.*, n° L 194, 5 juillet 1975, p. 39.

NOTE SUR L'ARRÊT *FRANCOVICH ET BONIFACI*

deux aspects, l'identité du bénéficiaire de la garantie et le contenu de celle-ci – mais non pas celles relatives à l'identité du débiteur –, alors que, dans la première, la Cour a déclaré qu'aucun droit n'a été créé en faveur des particuliers. Sur le premier problème, la Cour a, par conséquent, déclaré que les dispositions de la directive qui définissent les droits des travailleurs ne pouvaient pas être invoquées contre l'État dans le cadre de recours tenant à l'exécution des dispositions de la directive. Mais cette conclusion ne l'a pas empêchée d'examiner le point de savoir dans quelle mesure la directive pouvait être invoquée à l'égard de l'État en raison de la carence de ce dernier à transposer la directive. En d'autres termes, l'État ne pouvait pas être traduit en justice en tant que débiteur ; pouvait-il l'être en tant qu'auteur du dommage subi ?

Dans l'arrêt *Francovich*, la Cour a examiné cette deuxième question, à savoir celle de la responsabilité, en deux temps. En premier lieu, elle a discuté le principe de la responsabilité de l'État. Ayant rappelé sa jurisprudence la plus connue relative à l'ordre juridique communautaire et à la vocation de ce dernier à engendrer des droits au profit des particuliers que les juridictions nationales doivent sauvegarder, la Cour a déclaré que la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause si la protection due aux particuliers lésés dans leurs droits ne comprenait pas la possibilité d'obtenir réparation pour dommages subis du fait de la violation du droit communautaire imputable à l'État. Une telle possibilité, a-t-elle souligné, est particulièrement indispensable lorsque « le plein effet des normes communautaires est subordonné à la condition d'une action de la part de l'État et que, par conséquent, les particuliers ne peuvent pas, à défaut d'une telle action, faire valoir devant les juridictions nationales les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire ». La Cour a ensuite affirmé, et c'est cette affirmation qui constitue l'apport essentiel de l'arrêt, que « le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du Traité ». Pour conforter cette conclusion, la Cour se réfère à l'obligation générale de « loyauté communautaire » inscrite à l'article 5 du traité, obligation qui comprend celle d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire. Elle a donc conclu que « le droit communautaire impose le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables ».

NOTE SUR L'ARRÊT *FRANCOVICH ET BONIFACI*

En second lieu, la Cour a examiné les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État devrait être engagée. Pour elle, cette question dépend de la nature de la violation du droit communautaire qui est à l'origine du dommage. Considérant, en particulier, la violation constituée par l'omission de transposer une directive, la Cour énumère trois conditions : premièrement, l'objectif prescrit par la directive doit comporter la création de droits au profit des particuliers. Deuxièmement, le contenu de ces droits doit pouvoir être identifié par rapport aux critères contenus dans la directive elle-même. Troisièmement, le lien de causalité entre la violation du droit communautaire et le dommage subi doit être établi. Lorsque ces conditions sont réunies, le droit communautaire confère aux justiciables un droit à réparation.

La Cour ne s'est pas prononcée sur les circonstances dans lesquelles la responsabilité de l'État devrait être engagée en cas de violation du traité autre que la non-transposition des directives. Ayant affirmé que l'exigence d'une telle responsabilité trouve son fondement dans le droit communautaire, la Cour laisse aux États membres la possibilité de choisir et de déterminer les modalités de l'action en réparation. Elle ne préjuge pas, par exemple, la question de savoir si le caractère illégal d'une mesure interne au regard du droit communautaire suffirait pour engager la responsabilité de l'État ou si celle-ci pourrait être subordonnée à l'existence d'une faute, simple ou lourde. On sait que, par un arrêt *Alivar* du 23 mars 1984 (18), le Conseil d'État a jugé qu'une violation par une mesure nationale d'une disposition d'effet direct du Traité CEE ne pouvait engager la responsabilité de l'État pour faute, dès lors que cette mesure avait été prise dans l'intérêt général, nonobstant l'existence d'un arrêt en manquement rendu par la Cour de justice constatant cette violation (19).

Conformément à sa jurisprudence dans d'autres domaines, la Cour a déclaré qu'en l'absence de dispositions communautaires en la matière, « c'est à l'ordre juridique interne de chaque État membre qu'il appartient de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire » (20). Mais, si l'action en responsabilité se déroule devant les juridictions nationales selon les modalités du droit interne, la Cour a tenu à rappeler que cette

(18) *Lebon*, p. 127 ; *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, p. 341 ; *A.J.D.A.*, 1984, p. 341, conclusions DENOIX DE SAINT-MARC.

(19) Voy., sur cette question, SIMON et BARAV, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *R.M.C.*, 1987, p. 165.

(20) C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz*, aff. 33/76, *Rec.*, p. 1989, spéc. p. 1997.

NOTE SUR L'ARRÊT *FRANCOVICH ET BONIFACI*

autonomie procédurale des États membres n'est pas absolue. Notamment, les conditions de fond et de forme relatives au recours en responsabilité « ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne et ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation » (21).

Dans son arrêt *Francovich*, la Cour a également mentionné le fait que le manquement de l'Italie à l'obligation de transposer la directive avait été préalablement constaté. La raison pour laquelle la Cour s'y réfère n'est pas évidente. En effet, dans l'affaire *Waterkeyn*, la Cour a expressément déclaré que « des droits au profit des particuliers découlent des dispositions même du droit communautaire ayant un effet direct dans l'ordre juridique interne des États membres », et non pas des arrêts en manquement (22). Peut-être l'a-t-elle fait pour établir clairement que le comportement reproché à l'Italie constituait incontestablement une méconnaissance du traité. Le contenu du droit envisagé par la directive, c'est-à-dire le droit des employés à une garantie concernant le paiement de créances impayées peut être identifié par rapport aux dispositions mêmes de la directive et, puisque c'est le défaut de l'État de prendre les mesures de mise en œuvre nécessaires qui est à l'origine du dommage subi par les requérants, ces derniers ont droit aux dommages et intérêts de la part de l'État.

L'arrêt *Francovich* est indiscutablement parmi les décisions les plus importantes rendues par la Cour de justice en matière de protection juridictionnelle des individus investis des droits tirés des normes communautaires. Alors que, dans les premières années de sa jurisprudence, la Cour a consacré le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres et laissé à ceux-ci le soin de déterminer les moyens d'assurer une protection adéquate aux justiciables, elle a progressivement défini des voies de recours spécifiques susceptibles d'être exercées par les particuliers. Au droit au recours pour faire contrôler la conformité des mesures internes au regard du droit communautaire (23), à l'action en répétition des sommes payées en violation de ce dernier (24) et à l'octroi de mesures provisoires en référé (25), l'arrêt *Francovich* vient d'ajouter le droit à la réparation.

(21) Voy., par rapport à l'action en répétition de l'indu, C.J.C.E., 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.*, p. 3595, spéc. pp. 3612-3613.

(22) C.J.C.E., 14 décembre 1982, aff. jtes 314 à 316/81 et 83/82, *Rec.*, p. 4337, spéc. p. 4361.

(23) C.J.C.E., 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.*, p. 4097.

(24) C.J.C.E., 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87, *Rec.*, p. 3513.

(25) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415.

NOTE SUR L'ARRÊT *FRANCOVICH ET BONIFACI*

Mais cette décision pourrait avoir des conséquences plus fondamentales et plus importantes encore pour la protection des droits tirés par les particuliers des directives communautaires. Alors qu'en l'état actuel de la jurisprudence, une directive ne saurait être invoquée dans un litige entre particuliers (26), l'arrêt *Francovich* impliquerait que, lorsqu'un dommage a été subi du fait de l'action ou de l'inaction d'une personne privée incompatible avec les dispositions directement applicables d'une directive non transposée en droit interne, une action en réparation pourrait, dans certaines circonstances, être intentée contre l'État.

(26) Mais voy. C.J.C.E., 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135.

- 16 -

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT EN CAS DE MÉCONNAISSANCE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Si la « verve de la doctrine » à l'égard du droit de la responsabilité publique demeure constante(1), c'est qu'elle s'alimente de la jurisprudence qui, elle, ne cesse d'évoluer.

En droit communautaire, comme en droit administratif, « [à] l'action de la doctrine, la jurisprudence fournit l'essentiel de sa matière première » (2). Au-delà, la doctrine doit « consulter sans cesse l'horizon » (3). En toute discipline juridique laissant un champ d'expression au pouvoir créateur du juge, il est incontestable que « le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine est naturel et bienfaisant » (4).

La portée de la solution d'un litige par le juge dépasse souvent le cas individuel. « Discrètement toujours, clandestinement parfois, la fonction de juger apparaît éminemment normatrice » (5). Il n'est, peut-être, pas fortuit que la responsabilité sans faute figure parmi les exemples donnés par M. Waline, dans une étude pionnière, pour démontrer que le juge « se reconnaît le pouvoir de poser une règle de droit, de la créer » (6), que la jurisprudence s'arroge un pouvoir normatif et qu'« elle prouve le mouvement en marchant » (7). La pérennité du bien-fondé de cette constatation se vérifie par l'examen de l'ensemble des règles jurisprudentielles régissant la responsabilité de la puissance publique.

(1) J. WALINE, « L'évolution de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques », in *Conseil d'État, Rapport public 1994, Études et Documents*, n° 46, La Documentation française, p. 459.

(2) J. RIVERO, « Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif », in *Conseil d'État, Études et Documents*, Paris, Imprimerie nationale, 1955, p. 27, spéc. p. 31.

(3) Expression de A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *Rev. trim. dr. civ.*, t. 1, 1902, p. 5, spéc. p. 17.

(4) G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *Conseil d'État, Études et Documents*, 1954, Paris, Imprimerie nationale, p. 21, spéc. p. 53.

(5) D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, Paris, Economica, 1996, p. 107.

(6) M. WALINE, « Le pouvoir normatif de la jurisprudence », in *La Technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. 2, p. 613, spéc. p. 621.

(7) *Ibid.*, p. 623.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

L'existence et l'exercice d'un tel pouvoir ne peuvent manquer de soulever la double interrogation du titre du juge et de la légitimité de son intervention (8).

En abordant ces questions, on ne saurait faire abstraction de ce que « la justice est devenue un bien de consommation courante » (9). Peut-être « [l]a brutale accélération de l'expansion juridique n'est pas conjoncturelle, mais bien liée à la dynamique propre des sociétés démocratiques » (10). « Le juge apparaît comme un recours contre l'implosion des sociétés démocratiques qui n'arrivent plus à gérer autrement la complexité et la diversité qu'elles engendrent » (11). Les sollicitations de la justice s'expliqueraient-elles aussi par l'aphorisme de Saint-Just : « tous les Arts ont produit leurs merveilles ; l'Art de gouverner n'a presque produit que des monstres » (12) ?

La croissance du rôle du droit et l'accélération de la construction européenne sont parmi les phénomènes qui contribuent, selon certains, à la dissipation du contenu de la souveraineté du peuple (13). Mais, ce que P. Rosanvallon appelle « la souveraineté complexe », apparaissant comme une « démultiplication des niveaux de la représentation », comprend ceux qui parlent, agissent ou décident « au nom du peuple », notamment les juges, revêtus d'une « représentativité fonctionnelle » (14). En quête d'explication, P. Pescatore considère que « [l]a légitimité des juges dérive de leur indépendance et de leur soumission au droit » (15), et que « [l]'autorité judiciaire, dans son indépendance et dans sa subordination à l'idée de droit, est un pouvoir autonome, autogéré et autolégitimé » (16).

Et on a pu constater que « [l]'État de droit prend... en France le sens d'État justiciable. On assiste à une judiciarisation du droit qui signe de toute évidence la fin de la souveraineté sans partage de l'État sur le droit » (17). L'évolution du contentieux de la responsabilité de la puissance publique permet de confirmer cette constatation.

(8) Voy., p. ex., P. PESCATORE, « La légitimité du juge en régime démocratique », *Commentaire*, n° 90, été 2000, p. 339, spéc. p. 342 ; D. TURPIN, « Le juge est-il représentatif ? Réponse : oui », *Commentaire*, n° 58, été 1992, p. 381.

(9) A. GARAPON, « La culture juridique française au choc de la "mondialisation" », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 379, spéc. p. 393.

(10) A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 22.

(11) *Ibid.*

(12) SAINT-JUST, *Discours sur la Constitution de la France*, 24 avril 1793.

(13) P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée*, Paris, Gallimard, 2000, p. 9.

(14) *Ibid.*, p. 404 et s.

(15) P. PESCATORE, « La constitution, son contenu, son utilité », *Revue de droit suisse*, 1992, p. 41, spéc. p. 47.

(16) *Ibid.*, p. 48.

(17) A. GARAPON, « La culture juridique française au choc de la "mondialisation" », *op. cit.*, p. 392.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La Communauté européenne, « en imposant un droit commun du marché,... ouvre aussi un marché commun de droit. Le monopole étatique de création de normes est rompu. La règle nationale se trouve confrontée à d'autres, supérieures ou rivales » (18).

Catalyseur, le droit communautaire provoque une modification de la dimension institutionnelle de l'office du juge, conduisant « à une revalorisation fondamentale de la fonction juridictionnelle » (19). Ce phénomène ne saurait être mieux démontré que par le contentieux relatif à la responsabilité de l'État. À cet égard, R. Chapus a raison de considérer que la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait des lois « a une valeur exemplaire en faisant apparaître que même l'exercice de la souveraineté peut être pour l'État une source d'obligations » (20).

Interpellée par les juridictions nationales, la Cour de justice a énoncé le principe de la responsabilité de l'État et a tracé le cadre de l'action en réparation en cas de méconnaissance par ce dernier de ses obligations communautaires. Les principes dégagés par la Cour et les indications fournies par sa jurisprudence sont destinés à guider les juridictions internes dans l'accomplissement de leur fonction communautaire. Celle-ci consiste, essentiellement, dans l'exécution du mandat qui leur est confié par le droit communautaire : veiller au respect du traité par l'État et assurer la protection juridictionnelle des particuliers titulaires des droits issus des normes communautaires (21).

En France, le régime de la responsabilité de l'État, tel que défini par la jurisprudence, à vrai dire métastable, du Conseil d'État, devait subir un certain infléchissement, en particulier en ce qui concerne la responsabilité de l'État législateur. Les décisions de la juridiction administrative en cette matière sont en directe filiation avec celles relatives aux rapports entre droit communautaire et droit national, même si, à certains égards, ne saisissant pas que le temps de l'inévitable est déjà arrivé, le juge administratif n'est pas encore parvenu à transposer au contentieux de la responsabilité l'ensemble des principes découlant des solutions par lui consacrées dans le cadre du contrôle de la légalité.

(18) R. JACOB, « La décision judiciaire en Europe dans la perspective de l'histoire comparée. Éléments de synthèse », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 397, spéc. p. 416.

(19) G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Gaz. Pal.*, 1992, p. 190, spéc. p. 193.

(20) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 1348.

(21) Voy., en général, O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, 2001.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

I. – LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT
SELON LA JURIDICTION COMMUNAUTAIRE

Des considérations tenant, essentiellement, à l'efficacité du droit communautaire et à l'effectivité de la protection des droits conférés par ce dernier aux particuliers (22), la Cour de justice tire la conclusion que « le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité » (23).

Très tôt, en effet, on a pu considérer que l'exigence d'une protection « directe et immédiate » (24) que doivent assurer les juridictions nationales des droits conférés aux particuliers par des normes communautaires directement applicables impliquait la reconnaissance d'un droit à dommages et intérêts (25). L'adjonction de l'adjectif « effectif » pour préciser les caractères de cette protection (26) n'a fait que renforcer cette conclusion.

La jurisprudence de la Cour permet de connaître l'incidence des principes communautaires sur quelques aspects processuels du recours en réparation devant le juge interne, ainsi que de certaines exigences découlant du droit communautaire ayant trait à l'intensité de la violation commise et aux caractères de la norme violée, pour que la responsabilité de l'État puisse être engagée.

(22) Voy., en général, A. PLIAKOS, *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Sakkoulas/Bruylant, 1997 ; H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers », *Rev. fr. dr. admin.*, 1992, p. 619.

(23) Aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci*, *Rec.*, 1991, p. I-5357, point 35. « Formule apodictique », selon M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *C.D.E.*, 1997, p. 13, spéc. p. 32.

(24) Aff. 13/68, *Salgoil*, *Rec.*, 1968, p. 661, spéc. p. 675.

(25) C. MEGRET, « Les droits propres des personnes en droit communautaire et leur protection par les juridictions des États membres », *Journ. dr. intern.*, 1976, p. 367, spéc. p. 383. Voy., également, R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 245 et s.

(26) Aff. 178/84, *Bozzetti*, *Rec.*, 1985, p. 2301, point 17.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

A. – L'incidence du droit communautaire
sur le domaine et le régime procédural du recours
en responsabilité de l'État devant le juge interne

La généralité du principe selon lequel « une action ou omission illégale entraîne l'obligation de réparer le préjudice causé » (27), que la Cour considère partagé par les ordres juridiques des États membres (28), implique son application « pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre, et ce, quel que soit l'organe de l'État membre dont l'action ou l'omission est à l'origine du manquement » (29). Puisque toutes les autorités étatiques, y compris le législateur, sont tenues de respecter des normes imposées par le droit communautaire, lesquelles sont susceptibles de régir directement la situation des particuliers (30), une action en réparation devrait pouvoir être intentée en cas de préjudice causé par chacune de ces instances.

Dans certaines hypothèses, la possibilité d'obtenir réparation pour dommage causé par la violation du droit communautaire est considérée par la Cour comme un succédané qui, en réalité, se révèle n'être même pas un palliatif (31). Si la Cour n'exclut pas le recours en indemnité en raison de l'exception de recours parallèle, elle n'y fait pas moins allusion. Ainsi, dans l'affaire *Stockholm Lindöpark*, la Cour constate que la société requérante au principal « pouvait valablement faire valoir les créances dont elle prétend être titulaire à l'encontre de l'État suédois de façon rétroactive en se fondant directement sur les dispositions de la sixième directive qui lui sont favorables » (32). Par la suite, elle déclare qu'« un recours en indemnité sur le fondement de la jurisprudence de la Cour relative à la responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire ne semble donc pas nécessaire à première vue » (33). Dans l'affaire *Metallgesellschaft et Hoechst* (34), l'avocat général Fennelly a estimé que le recours au principal devait être considéré comme un recours en remboursement plutôt que comme un recours en indemnité. Il a, néanmoins, examiné

(27) Aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame, Rec.*, 1996, p. I-1029, point 29.

(28) *Ibid.*

(29) *Ibid.*, point 32.

(30) Point 34.

(31) Voy., sur ce thème, l'article critique de M. DOUGAN, « The Francovich right to reparation: reshaping the contours of Community remedial competence », *European Public Law*, 2000, p. 103.

(32) Aff. C-150/99, *Svenka staten c. Stockholm Lindöpark, Rec.*, 2001, p. I-493, point 35.

(33) *Ibid.*

(34) Aff. jtes C-397/98 et C-410/98, *Rec.*, 2001, p. I-1727.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

les deux éventualités (35). La Cour, quant à elle, a indiqué qu'il ne lui appartenait pas de qualifier les recours introduits devant le juge de renvoi en tant que recours en restitution ou en indemnité (36), et a formulé sa réponse pour les deux hypothèses.

En raison de l'absence d'effet horizontal des directives, la Cour indique que, dans certaines conditions, la voie de la réparation du préjudice subi devrait être ouverte (37). De même, l'absence de restitution, en raison de leur répercussion sur des tiers, des montants indûment perçus par l'administration, devrait permettre au redevable de saisir les juridictions compétentes d'un recours en réparation du préjudice causé par la perception desdits montants (38). Enfin, dans l'hypothèse du non-paiement des intérêts en cas de versement d'arriérés de prestations de sécurité sociale, il appartient au juge national d'apprécier, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, si la personne lésée a droit à réparation (39).

Mais le renvoi au recours en responsabilité s'avérerait fréquemment un leurre, les conditions requises pour obtenir réparation étant excessivement rigoureuses et difficilement satisfaites.

Rappelant le principe et les limites de l'autonomie procédurale reconnue aux États membres, la Cour souligne que « c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé » (40). Elle précise que l'appréciation de l'existence des conditions requises pour qu'un droit à réparation soit admis « est fonction de chaque type de situation » (41).

(35) Conclusions, *ibid.*, p. I-1730, points 52 et s.

(36) *Rec.*, 2001, p. I-1727, point 81.

(37) Aff. C-91/92, *Faccini Dori, Rec.*, 1994, p. I-3325, points 27-29 ; aff. C-192/94, *El Corte Inglés, Rec.*, 1996, p. I-1281, point 22.

(38) Aff. jtes C-192/95 à C-218/95, *Société Comateb, Rec.*, 1997, p. I-165, point 31 ; davantage même, toute perception de taxes indues entraînant un préjudice ouvre droit à réparation, et ce, indépendamment de leur répercussion. *Ibid.*, point 34. Voy., également, aff. C-242/95, *GT-Link, Rec.*, 1997, p. I-4449, point 60.

(39) Aff. C-66/95, *Sutton, Rec.*, 1997, p. I-2163, points 31-35. Lorsqu'en l'absence d'une transposition d'une directive, il s'avère impossible d'interpréter les dispositions nationales dans un sens conforme à celle-ci, la Cour indique qu'un recours en responsabilité devrait être ouvert aux personnes lésées. Cette jurisprudence a été rendue dans le cadre du contentieux relatif aux directives communautaires en matière de marchés publics (aff. C-54/96, *Dorsch-Consult, Rec.*, 1997, p. I-4961, point 45 ; aff. C-76/97, *Tögel, Rec.*, 1998, p. I-5357, point 27 ; aff. C-111/97 ; *EvoBus Austria, Rec.*, 1998, p. I-5411, point 21 ; aff. C-258/97, *Hospital Ingénieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft, Rec.*, 1999, p. I-1405, point 27), mais aussi dans d'autres contentieux (voy., p. ex., aff. C-344/92, *Miret, Rec.*, 1993, p. I-6911, point 22).

(40) Aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, précitées, point 67.

(41) Aff. jtes C-178/94, C-171/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, *Dillenkofer*, précitées, point 24 ; aff. C-127/95, *Norbrook Laboratories, Rec.*, 1998, p. I-1531, point 107.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

À l'instar des autres contentieux nationaux ayant trait au droit communautaire, notamment celui de la répétition de l'indu (42), la Cour est parfois invitée à se prononcer sur l'applicabilité de certaines règles de procédure interne à l'action en responsabilité de l'État devant le juge national.

La position de principe, à cet égard, a été formulée dans l'affaire dite des *Croisières du beurre* (43). À cette occasion, la Cour a déclaré que « le système de protection juridictionnelle mis en œuvre par le traité... implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national » (44).

Une jurisprudence constante enseigne que les conditions de forme et de fond appliquées au cas d'une action fondée sur le droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles qui sont applicables à des cas semblables dans un contexte purement interne (45), exigence que la Cour désigne, depuis quelques années, par l'expression « principe de l'équivalence » (46), étant précisé qu'il doit s'agir du même type de recours et que l'État n'est pas tenu de permettre au justiciable communautaire de bénéficier du régime le plus favorable existant en droit interne (47).

En second lieu, et en tout état de cause, ne pourra être appliquée une règle nationale aménagée de façon à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice, par le justiciable, d'un droit tiré du droit communautaire (48), exigence exprimée par les termes « principe d'effectivité » (49).

En matière de responsabilité de l'État, la Cour considère qu'aussi longtemps qu'une protection effective des droits tirés par les particuliers des règles communautaires n'est pas compromise, il n'y a pas d'obstacle à ce que la réparation du préjudice soit assurée par les États

(42) Voy., notamment, P. AMSELEK, « La répétition de l'indu payé aux personnes publiques », in *Mélanges Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 5 ; M. WATHELET, « La répétition des montants payés en violation du droit communautaire », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 1033.

(43) Aff. 158/80, *Rec.*, 1981, p. 1805.

(44) *Ibid.*, point 44.

(45) Voy., p. ex., aff. 199/82, *San Giorgio, Rec.*, 1983, p. 3595 ; aff. C-188/95, *Fantask, Rec.*, 1997, p. I-6783, point 39.

(46) Aff. C-261/95, *Palmisani, Rec.*, 1997, p. I-3969, point 27.

(47) Voy., p. ex., aff. C-228/96, *Aprile, Rec.*, 1998, p. I-7141, point 20 ; aff. C-231/96, *Edis, Rec.*, 1998, p. I-4951, point 36 ; aff. C-260/96, *Spac, Rec.*, 1998, p. I-4977, point 20 ; aff. C-343/96, *Dilexport, Rec.*, 1999, p. I-579, point 27.

(48) Voy. aff. 199/82, *San Giorgio*, précitée.

(49) Aff. C-261/95, *Palmisani*, précitée.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

fédérés (50), par les collectivités territoriales et les organismes de droit public distincts de l'État (51). En outre, le droit communautaire ne s'oppose pas au cumul de responsabilité, ni au fait que la responsabilité de l'État et celle d'un organisme public soient engagées simultanément (52).

Une des questions soumises à la Cour dans l'affaire *Dounias* (53) consistait à demander si le droit communautaire s'opposait à l'application, même non discriminatoire, d'une règle de procédure nationale selon laquelle les requérants devant la juridiction administrative ne sauraient, dans le cadre d'un recours en indemnité dirigé contre l'État, apporter la preuve de leurs allégations par témoins sauf dans des circonstances exceptionnelles.

L'avocat général Jacobs a considéré que cette règle était contraire au droit communautaire et, notamment, au « principe d'effectivité », car elle « a pour effet de restreindre le recours aux témoignages dans des procédures dans lesquelles ce type de preuve est crucial pour l'action du demandeur... » (54).

La Cour est plus nuancée. Dans son arrêt, elle a considéré qu'il appartenait au juge national d'apprécier si le justiciable pouvait bénéficier des circonstances exceptionnelles permettant l'audition de témoins ou si ce dernier était en mesure d'apporter la preuve du dommage prétendument subi par d'autres moyens, notamment par écrit (55). Elle a déclaré, à cet égard, que le droit communautaire ne s'oppose pas à une telle règle « à condition qu'elle n'empêche pas le justiciable de faire valoir les droits qu'il tire de l'effet direct du droit communautaire » (56).

En revanche, le droit communautaire s'oppose à ce que la réparation d'un dommage soit subordonnée à une demande préalablement adressée à l'administration, visant à se soustraire à l'obligation illégalement imposée et à l'introduction d'un recours contentieux contre la décision de rejet qu'aurait, inévitablement, prise l'administration, conformément au droit national. La Cour considère, en effet, que le bénéfice du droit conféré aux particuliers par une disposition directement applicable serait rendu impossible ou excessivement difficile si la demande en

(50) Aff. C-302/97, *Klaus Konle, Rec.*, 2000, p. I-3099, points 63-64.

(51) Aff. C-424/97, *Haim, Rec.*, 2000, p. I-5123, point 31.

(52) Aff. C-424/97, *Haim*, précitée, point 32. Sur cette question, voy. G. ANAGNOSTARAS, « The allocation of responsibility in State liability actions for breach of Community law: a modern Gordian knot? », *E.L. Rev.*, 2001, p. 139. Voy., également, T. TRIDIMAS, « Liability for breach of Community law: growing up and mellowing down? », *Comm. M.L.Rev.*, 2001, p. 301.

(53) Aff. C-228/98, *Rec.*, 2000, p. I-577.

(54) *Ibid.*, point 50.

(55) *Ibid.*, point 71.

(56) *Ibid.*, point 72.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

réparation du préjudice causé par la violation d'une telle disposition était soumise à ces conditions (57).

Bien que la Cour reconnaisse que la responsabilité de l'État en cas de violation du droit communautaire peut être engagée dans des conditions moins restrictives que celles énoncées par elle (58), elle indique, par ailleurs, que « la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage ». Il en découle que « les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas, en l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité de la Communauté dans des circonstances comparables » (59). La Cour a souligné que, dans le cas où l'État disposerait d'un large pouvoir d'appréciation, comparable à celui dont disposent les institutions communautaires, « les conditions dans lesquelles sa responsabilité peut être engagée doivent être, en principe, les mêmes que celles dont dépend la responsabilité de la Communauté dans une situation comparable » (60).

En d'autres termes, la responsabilité de l'État devrait, normalement, être engagée dans les conditions déterminées par la Cour, conditions qui s'appliquent à la responsabilité de la Communauté elle-même. Mais la jurisprudence de la Cour révèle que, pour le justiciable, la possibilité d'obtenir réparation de la part de la Communauté est une perspective essentiellement théorique. C'est, notamment, l'exigence d'un degré de culpabilité grave et patente, exprimée par la notion de « violation suffisamment caractérisée », qui a rendu le droit du justiciable communautaire au dédommagement largement illusoire.

B. – L'exigence d'une violation caractérisée
du droit communautaire

Articulé autour de la notion d'activité normative des institutions communautaires, le régime, restrictif, de responsabilité de la Communauté a été justifié par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire dans le domaine de politique économique. En le définissant, la Cour a cru

(57) Aff. jtes C-397/98 et C-410/98, *Metalgesellschaft et Hoechst c. Commissioners of Inland Revenue*, *HM Attorney General, Rec.*, 2001, p. I-1727.

(58) Aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame, Rec.*, 1996, p. I-1029, point 66.

(59) *Ibid.*, point 42. Et l'on a pu estimer à cet égard qu'« [i]l n'est pas aisé d'établir ce que pourrait recouvrir cette réserve ». M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, article précité, p. 41.

(60) *Rec.*, 1996, p. I-1029, point 47.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

être en mesure de constater que, dans le cadre national, en cas d'actes normatifs, la responsabilité de l'État n'est engagée « qu'exceptionnellement et dans des circonstances singulières » (61).

En réalité, même lorsqu'elle constate l'illégalité de l'acte dommageable, la Cour a très fréquemment nié le caractère « suffisamment caractérisé » de la violation du traité (62). Une telle violation est constituée par un « dépassement manifeste et grave » des limites qui s'imposent à l'exercice du pouvoir discrétionnaire reconnu à l'institution concernée, ce que certains ont appelé une « illégalité renforcée » (63). Or, pour déterminer si tel est le cas, la Cour procède à des appréciations très proches de celles qui, en droit français, ne sont pertinentes qu'en cas de responsabilité sans faute.

Elle exige, substantiellement, un préjudice anormalement grave et spécial dans le cas d'un dommage causé par un acte normatif illégal (64), condition qu'elle requiert également en matière de responsabilité sans faute (65) au point que le commentateur est en droit d'exprimer une certaine perplexité et la victime d'éprouver une profonde déception.

Mais l'exigence d'une violation suffisamment caractérisée qui, comme l'écrit W. Van Gerven, est susceptible de conférer au législateur une « immunité virtuelle » (66) et qui a été étroitement rattachée à la nature

(61) Aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, *Bayerische HNL, Rec.*, 1978, p. 1209, point 4.

(62) Voy., p. ex., F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, L.G.D.J., 1990 ; A. ARNULL, « Liability for legislative acts under Article 215 (2) EC », in HEUKELS et McDONNELL (éd.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer, 1997 p. 129.

(63) F. SCHOCKWEILER, G. WIVENES et J.M. GODART, « Le régime de la responsabilité extracontractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne », *Rev. trim. dr. eur.*, 1990, p. 30, spéc. p. 73.

(64) Voy., p. ex., aff. jtes 83 et 94/76, 4, 15 et 40/77, *Bayerische HNL*, précitées ; aff. 143/77, *Koninklijke Scholten-Honig, Rec.*, 1977, p. 3585 ; aff. jtes 64 et 113/76, 167 et 239/78, 27, 28 et 45/79, *Dumortier Frères, Rec.*, 1979, p. 3091. L'avocat général VAN GERVEN relève que la notion de violation suffisamment caractérisée « comprend deux composantes : d'une part, une composante qui tient à la nature et à la gravité de la violation, en d'autres termes de l'illégalité ; d'autre part, une composante qui a trait à la nature du dommage qui en résulte ». Conclusions sous aff. jtes C-104/89 et C-37/90, *Milder, Rec.*, 1992, p. I-3061, spéc. p. 3103. En se référant à la jurisprudence de la Cour, M. VAN GERVEN remarque que, « [p]armi les circonstances qui témoignent... d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit, figurent ainsi à la fois des circonstances relatives au caractère grave et injustifiable ou inexcusable de la violation qui concernent donc plus particulièrement l'illégalité de l'acte et des circonstances relatives à la catégorie des personnes lésées et au fait que le dommage qui leur a été causé dépasse un non les limites d'un risque normal qui concernent donc plus précisément le dommage causé par l'acte » (*ibid.*, p. I-3104). L'avocat général estime que la notion de « violation suffisamment caractérisée » renvoie à celle d'erreur inexcusable (*ibid.*, p. I-3101).

(65) Voy., p. ex., aff. jtes 54-60/76, *Compagnie industrielle et agricole du comté de Loheac, Rec.*, 1977, p. 645 ; aff. 267/82, *Clemessy, Rec.*, 1986, p. 1907, aff. 59/83, *Biovilac, Rec.*, 1984, p. 4057 ; aff. T-184/95, *Dorsch Consult, Rec.*, 1998, p. II-667, confirmée par la Cour dans l'arrêt C-237/98 P, *Rec.*, 2000, p. I-4549.

(66) W. VAN GERVEN, « Bridging the unbridgeable: Community and national tort laws after *Franovich and Brasserie* », *I.C.L.Q.*, 1996, p. 507, spéc. p. 529.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

normative de la mesure génératrice du préjudice (67), a été étendue à tous les actes, communautaires et nationaux, qu'ils soient législatifs, réglementaires ou administratifs, lorsque leurs auteurs disposaient, pour leur adoption, d'une marge d'appréciation discrétionnaire (68).

La Cour considère désormais que « la nature générale ou individuelle d'un acte... n'est pas un critère déterminant pour identifier les limites du pouvoir d'appréciation dont dispose l'institution en cause » (69). Et le Tribunal de souligner, par suite, que la nature normative ou administrative de la mesure en cause n'est pertinente que pour « définir le critère de gravité de la faute à retenir... » (70).

La responsabilité de l'État en cas de violation du droit communautaire devrait être engagée lorsqu'une « violation suffisamment caractérisée » a été commise par l'adoption ou l'application d'une mesure nationale, législative, réglementaire ou administrative. On peut, cependant, soutenir que la hiérarchie des normes nationales mérite d'être respectée et que la responsabilité du fait des décisions administratives ou des mesures réglementaires ne devrait pas être soumise au même régime que celle du fait des lois. Par ce qu'elle représente, évoque et symbolise, la loi ne saurait être appréhendée comme d'autres actes. S'il est vrai qu'une même matière peut faire l'objet d'une loi dans un État et de mesures réglementaires dans un autre, il faudrait s'accommoder d'une telle diversité, « en l'état actuel de l'évolution du droit communautaire », selon l'une des expressions de prédilection de la Cour de justice. En outre, si les mêmes conditions sont requises, quel que soit le caractère de l'acte générateur du préjudice, faut-il en conclure que l'affirmation par la Cour selon laquelle l'ouverture du droit à réparation dépend « de la nature de la violation du droit communautaire » (71) et que l'appréciation des conditions requises « est fonction de chaque

(67) On peut relever que, dans l'arrêt *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt*, aff. 5/71, *Rec.*, 1971, p. 975, par lequel la Cour a introduit l'exigence « d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers » (*ibid.*, point 11), aucune référence expresse n'a été faite à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'institution auteur de l'acte. Cette exigence s'explique, selon la Cour, par la présence « d'un acte normatif qui implique des choix de politique économique » (*ibid.*). On peut cependant considérer que, par « choix de politique économique », la Cour envisage l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

(68) M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH considèrent, à cet égard, que, de l'arrêt *Brasserie du Pêcheur*, il découlait « que la condition selon laquelle la violation du droit communautaire doit être suffisamment caractérisée est une condition générale, valable pour tous les cas mettant en jeu la responsabilité d'un État membre » (article préc., p. 48). Une telle conception représente un recul par rapport à la plupart des droits nationaux (voy. M. MAHIEU, « Illégalité et responsabilité en droit communautaire », in *Mélanges Roger O. Dalq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 387, spéc. p. 403).

(69) Aff. C-352/98 P, *Bergaderm*, *Rec.*, 2000, p. I-5291, point 46.

(70) Aff. T-178/98, *Fresh Marine Company*, *Rec.*, 2000, p. II-3331, point 38.

(71) Aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci e.a.*, *Rec.*, 1991, p. I-5403, point 38.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

type de situation » (72) ne concerne que l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'auteur de l'acte en cause, et non pas le caractère de celui-ci ?

Dans le cas de mesures réglementaires et administratives, une illégalité, constitutive d'une faute simple, devrait suffire pour engager la responsabilité de la puissance publique, dès lors qu'il est démontré qu'un préjudice indemnisable a été causé par une telle illégalité. C'est, d'ailleurs, ce que semble exiger la jurisprudence de la juridiction communautaire en ce qui concerne la responsabilité de la Communauté (73).

L'appréciation de l'existence d'une violation du droit communautaire, « suffisamment caractérisée » est une question de fait qui, en tant que telle, appartient, en principe, au juge national (74).

Toutefois, nonobstant le partage de compétence entre le juge national et la Cour, lorsqu'elle estime être en possession de tous les éléments nécessaires à cette fin, la Cour ne résiste pas à la tentation de déterminer elle-même si une telle violation a été effectivement commise.

En cas de transposition incorrecte d'une directive, la méconnaissance du droit communautaire ne saurait être qualifiée de « suffisamment caractérisée », selon la Cour, si l'erreur commise par l'État peut être considérée comme excusable. Une telle transposition ne serait pas répréhensible dans le cadre d'un recours en indemnité lorsqu'elle est due à des ambiguïtés et à des incertitudes, résultant de circonstances telles que l'imprécision des dispositions en cause. Une interprétation de bonne foi, quoique erronée, de ces dernières serait excusable, dès lors que la même interprétation était partagée par d'autres États membres et qu'elle n'était pas manifestement contraire au texte ou à la finalité de la directive, surtout lorsqu'à la date de la transposition, ni la Cour ni la Commission ne s'étaient encore prononcées sur le sens authentique de ces dispositions (75).

(72) Aff. jtes C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, *Dillenkofer*, *Rec.*, 1996, p. I-4845, point 24.

(73) Dans son arrêt du 8 juin 2000 dans les aff. jtes T-79/96, T-260/97 et T-117/98, *Camar*, *Rec.*, 2000, p. II-2193, le Tribunal de première instance, se référant à l'arrêt T-390/94, *Schröder* (*Rec.*, 1997, p. II-501, point 51), a rappelé que, « dans le domaine des actes administratifs, toute violation du droit constitue une illégalité susceptible d'engager la responsabilité de l'État » (*ibid.*, point 205). Cette solution découlait implicitement de l'arrêt 76/79, *Karl Könecke Fleischwarenfabrik*, *Rec.*, 1980, p. 665, notamment point 15. Sur cette question, voy. M. VAN DER WOUDE, « Liability for administrative acts under Article 215(2) EC », in HEUKELS et McDONNELL (éd.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer, 1997, p. 109.

(74) Aff. jtes C-46/93 & C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, *Rec.*, 1996, p. I-1029, point 58 ; aff. C-392/93, *British Telecommunications*, *Rec.*, 1996, p. I-1631, point 41 ; aff. jtes C-283/94, C-291/94 et C-292/94, *Denkavit International*, *Rec.*, 1996, p. I-5063, point 49 ; aff. C-302/97, *Klaus Konle*, *Rec.*, 1999, p. I-3099, point 59 ; aff. C-150/99, *Stockholm Lindöpark*, *Rec.*, 2001, p. I-493, point 37 ; aff. C-118/00, *Gervais Larsy*, *Rec.*, 2001, p. I-5063, point 40.

(75) Aff. C-392/93, *British Telecommunications*, *Rec.*, 1996, p. I-1631, points 43 et 45 ; aff. jtes C-283/94, C-291/94 et C-292/94, *Denkavit International*, *Rec.*, 1996, p. I-5063, points 51 et 52 ; aff. C-319/96, *Brinkmann Tabakfabriken*, *Rec.*, 1998, p. I-5255, point 31.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

En revanche, en cas d'application d'une disposition législative incompatible avec une directive communautaire, quand il ne peut y avoir « un doute raisonnable sur la portée des dispositions en cause susceptibles d'excuser la violation alléguée » (76), la Cour considère que, ni l'absence d'un arrêt clarifiant le sens de la disposition en cause, ni le fait que la Commission s'était abstenue d'entamer la procédure en manquement, ne sauraient exonérer l'État de sa responsabilité (77). De même, l'application par une institution nationale d'une disposition d'un règlement communautaire dans une situation où elle n'était pas applicable, est une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire, dès lors que l'interprétation correcte de cette disposition ne pouvait être mise en doute (78).

Dans certaines affaires, la Cour s'est également prononcée sur le lien de causalité. Ainsi, ayant constaté dans l'affaire *Rechberger* (79) que le juge de renvoi estimait qu'un lien de causalité direct existait entre la transposition incomplète d'une directive et le préjudice subi de ce fait par des particuliers (80), la Cour a écarté l'argument selon lequel l'existence d'un tel lien ne saurait être retenu lorsque le caractère tardif ou incomplet de la transposition n'a contribué à la matérialisation du dommage qu'en raison « d'un enchaînement de circonstances tout à fait exceptionnelles et imprévisibles » (81). Elle a déclaré que les circonstances invoquées n'étaient pas « de nature à exclure l'existence d'un lien de causalité direct » (82).

Dans l'arrêt *Brinkmann Tabakfabriken* (83), la Cour a clairement déclaré « qu'aucun lien de causalité direct n'existe, en l'espèce, entre la violation du droit communautaire et le dommage prétendument subi... » (84).

Même lorsqu'elle laisse au juge national le soin d'apprécier si sont réunies les conditions d'une violation suffisamment caractérisée, la Cour estime parfois « utile » (85) d'exposer certaines circonstances que le juge pourrait prendre en considération (86). Parmi celles-ci figurent

(76) Aff. C-150/99, *Stockholm Lindöpark, Rec.*, 2001, p. I-493, point 41.

(77) *Ibid.*

(78) Aff. C-118/00, *Gervais Larsy, Rec.*, 2001, p. I-5063, notamment points 41 et s.

(79) Aff. C-140/97, *Rec.*, 1999, p. I-3499.

(80) *Ibid.*, point 73.

(81) *Ibid.*, point 69.

(82) *Ibid.*, point 76.

(83) Aff. C-319/96, *Rec.*, 1998, p. I-5255.

(84) *Ibid.*, point 29.

(85) Aff. jtes C-46/93 et C-48/93 *Brasserie du Pêcheur et Factortame, Rec.*, 1996, p. I-1029, point 58.

(86) Aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame, ibid.*, point 56 ; aff. C-150/99, *Stockholm Lindöpark, précitée*, point 37.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

« le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire » (87).

Dans l'arrêt *Haim* (88), la Cour a rappelé qu'à la date à laquelle les mesures nationales en cause dans l'affaire principale avaient été prises, sa jurisprudence n'avait pas encore précisé la portée de la disposition communautaire dont la méconnaissance a causé le préjudice allégué. Elle a déclaré, par la suite, qu'il appartenait au juge national de vérifier si, au vu de ces considérations, une violation suffisamment caractérisée a été commise en l'espèce (89).

Ainsi, par une jurisprudence aussi velléitaire qu'erratique, la Cour s'estime en droit de choisir entre trois voies différentes. Dans certains cas, elle se contente de déclarer que la décision sur l'existence ou l'absence d'une violation suffisamment caractérisée appartient au seul juge national. Dans d'autres cas, en laissant à ce dernier le soin de décider si les conditions requises sont réunies, la Cour lui indique les considérations dont il devrait tenir compte pour prendre sa décision. Dans une troisième série d'affaires, enfin, la Cour subroge le juge national et décide elle-même si une violation suffisamment caractérisée a été commise pour que la responsabilité de l'État puisse être retenue.

(87) Aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, précitées, point 56. Dans cet arrêt, la Cour est allée plus loin et, en retenant des aspects spécifiques à chacune des affaires, a tenté de dicter la solution à laquelle devait parvenir le juge national. Ainsi, dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur*, la Cour estime que « la violation... des dispositions relatives à la dénomination du produit mis en vente, pourrait difficilement être considérée comme une erreur excusable, dès lors que l'incompatibilité d'une telle réglementation avec l'article 30 du traité apparaissait comme manifeste à la lumière de la jurisprudence antérieure de la Cour... En revanche, les éléments d'appréciation dont disposait le législateur national, compte tenu de la jurisprudence en la matière, pour trancher la question de savoir si l'interdiction d'utiliser des additifs était contraire au droit communautaire apparaissaient sensiblement moins concluants... » (point 59). De même, dans l'affaire *Factortame*, la Cour a considéré que la condition de nationalité introduite par la loi pour l'immatriculation des bateaux de pêche constituait « une discrimination directe manifestement contraire au droit communautaire » (point 61). L'exigence de résidence et de domicile « apparaît, d'emblée, comme incompatible avec, notamment, l'article 52 du traité », mais le juge national « pourrait tenir compte, entre autres, des controverses juridiques liées aux particularités de la politique commune de la pêche, de l'attitude de la Commission... et des appréciations sur l'état d'incertitude du droit communautaire émises par les juridictions nationales dans le cadre des procédures en référé diligentées par les particuliers affectés par l'application du *Merchant Shipping Act* » (point 63).

(88) Aff. C-424/97, *Rec.*, 2000, p. I-5123.

(89) *Ibid.*, point 48.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La Cour n'établit aucun critère et n'explique pas les raisons pour lesquelles elle choisit l'une de ces solutions dans les affaires qui lui sont soumises. Aucune cohérence dans l'approche de la Cour n'est détectable et sa démarche est, à plusieurs égards, contestable.

En effet, depuis l'arrêt *Telemarsicabruzzo* (90), la Cour exige que le juge de renvoi lui communique, sous peine d'irrecevabilité de son ordonnance, l'ensemble des circonstances et faits pertinents de l'affaire au principal (91), de sorte qu'elle sera toujours en mesure d'avoir connaissance des considérations permettant de trancher la question de la responsabilité de l'État, dépouillant ainsi le juge du fond de ses prérogatives. En outre, depuis la dernière modification de son Règlement de procédure, la Cour peut demander des éclaircissements à la juridiction nationale (92).

Une violation suffisamment caractérisée est réputée commise dans tous les cas où l'acte générateur du préjudice a été adopté en l'absence d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Dans l'arrêt *Hedley Lomas*, la Cour a considéré que, lorsque l'auteur du dommage ne disposait que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, « la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée » (93).

Résumant sa conception en la matière, la Cour a expliqué qu'une violation est suffisamment caractérisée « lorsqu'un État membre, dans l'exercice de son pouvoir normatif, a méconnu, de manière manifeste et grave, les limites qui s'imposent à l'exercice de ses pouvoirs... et que... dans l'hypothèse où l'État membre en cause, au moment où il a commis l'infraction, n'était pas confronté à des choix normatifs et disposait d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée » (94).

(90) Aff. C-343/90, *Rec.*, 1992, p. I-4673.

(91) Parmi les nombreuses ordonnances d'irrecevabilité rendues par la Cour en matière de renvoi préjudiciel pour défaut d'indications suffisantes, voy., p. ex., aff. C-157/92, *Banchemo*, *Rec.*, 1993, p. I-1086 ; aff. C-458/93, *Saddik*, *Rec.*, 1995, p. I-511 ; aff. C-257/95, *Bresle*, *Rec.*, 1996, p. I-1235 ; aff. C-2/96, *Sunino*, *Rec.*, 1996, p. I-1545 ; aff. C-101/96, *Italia Testa*, *Rec.*, 1996, p. I-3081 ; aff. C-191/96, *Modesti*, *Rec.*, 1996, p. I-3939 ; aff. C-196/96, *Lahlou*, *Rec.*, 1996, p. I-3947. Voy., également, l'ordonnance dans l'aff. C-307/95, *Max Mara*, *Rec.*, 1995, p. I-5085.

(92) Cour de justice, version codifiée du règlement de procédure, *J.O.C.E.*, n° C 34, 1^{er} février 2001, p. 1, article 104, paragraphe 5.

(93) Aff. C-5/94, *Rec.*, 1996, p. I-2533.

(94) Aff. C-127/95, *Norbrook Laboratories*, *Rec.*, 1998, p. I-1531, point 109. Voy., également, aff. C-424/97, *Haim*, *Rec.*, 2000, p. I-5123, point 38. Cette jurisprudence s'applique également dans le cadre communautaire. Ainsi, dans l'arrêt *Fresh Marine Company*, le Tribunal a considéré que le comportement reproché à la Commission « est intervenu à l'occasion d'une opération d'une nature administrative concernant spécifiquement et exclusivement la requérante » (aff. T-178/98,

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La non-transposition d'une directive dans le délai prescrit constitue « en elle-même » une telle violation (95), puisque, à cet égard, l'État ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire. En outre, une violation suffisamment caractérisée est commise lorsqu'un organisme de sécurité sociale, se méprenant sur le sens des dispositions communautaires, en fait une application préjudiciable aux particuliers dans des circonstances dans lesquelles, *ratione materiae*, elles ne devaient pas s'appliquer (96). Tel est le cas lorsque la portée de ces dispositions, compte tenu de leur libellé et de leur objectif, « n'aurait pas dû faire de doute » (97) d'autant qu'un précédent arrêt, rendu par la Cour dans « une situation de fait et de droit en tout point comparable » à celle qui s'est présentée à cet organisme (98), avait apporté « une réponse claire aux problèmes qui se posaient à ladite institution » (99).

On ne voit pas les raisons pour lesquelles des considérations tenant au pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont jouit le législateur ou l'administration devraient déterminer le régime de leur responsabilité (100). L'existence ou l'absence d'un tel pouvoir ne révèle pas en elle-même la gravité de la violation commise ou le degré de culpabilité de l'auteur du dommage. Des fautes lourdes et des fautes simples peuvent être commises dans les deux hypothèses et il est tout à fait artificiel de considérer qu'en l'absence d'un pouvoir discrétionnaire, toute violation du droit est réputée être une violation caractérisée. La gradation de la faute s'attache au caractère de l'acte générateur du préjudice, et non pas seulement à la nature du pouvoir dans l'exercice duquel la violation a été commise.

Il n'est, peut-être, pas sans intérêt de relever qu'il y a vingt-cinq ans, R. Lecourt a pu écrire : « [i] n'est... pas défendu d'attendre avec curiosité le

Rec., 2000, p. II-3331, point 57), soulignant que « cette opération ne comportait aucun choix de politique économique et ne conférait à la Commission qu'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante » (*ibid.*). Pour ces raisons, le Tribunal déclare que « la simple infraction au droit communautaire suffira, en l'espèce, à engager la responsabilité extracontractuelle de la Communauté » (*ibid.*, point 61). « En particulier », a-t-il souligné, « la constatation d'une irrégularité que n'aurait pas commise, dans des circonstances analogues, une administration normalement prudente et diligente permettra de conclure que le comportement de l'institution a constitué une illégalité de nature à engager la responsabilité de la Communauté au titre de l'article 215 du traité » (*ibid.*).

(95) Aff. jtes C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, *Dillenkofer*, *Rec.*, 1996, p. 4845, point 29.

(96) Aff. C-118/00, *Gervais Larsy c. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti)*, *Rec.*, 2001, p. I-5063.

(97) *Ibid.*, point 47.

(98) *Ibid.*, point 43.

(99) *Ibid.*, point 45.

(100) D'autant que le contrôle par le juge communautaire de la légalité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'est pas toujours restreint. Voy. D. RIFLENG, « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *A.J.D.A.*, 1999, p. 645.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

moment où, faute de pouvoir obtenir l'application d'une disposition communautaire dans son propre État, un particulier, après avoir requis vainement de la Commission toute mesure opportune, saisirait la Cour d'une action en indemnité contre la Communauté... » (101). Or, selon la jurisprudence communautaire, le pouvoir discrétionnaire reconnu à la Commission pour engager la procédure en manquement exclut toute possibilité de retenir la responsabilité de cette dernière en raison d'une décision, ne fût-elle qu'implicite, de ne pas poursuivre un manquement d'État (102). Pourtant, la Cour considère qu'en présence d'un pouvoir discrétionnaire, la responsabilité de l'État, comme celle de la Communauté, peut être engagée en cas d'un dépassement manifeste et grave des limites qui s'imposent à l'exercice d'un tel pouvoir, principe qui est logiquement applicable à la décision de ne pas exercer un pouvoir discrétionnaire.

Pour que la responsabilité de l'État puisse être engagée, il faut, en outre, que la norme communautaire, dont la violation constitue le fait générateur du dommage, présente certaines caractéristiques, notamment celles de l'effet direct.

C. – L'exigence de l'effet direct de la norme communautaire violée

Introduite dans le contexte de la non-transposition d'une directive dans le délai prescrit, l'exigence que la disposition relative aux droits destinés à être conférés aux particuliers remplisse les critères de l'effet direct est parfois assimilée par la Cour à l'exigence que la disposition en cause ait pour objectif la création de droits pour les particuliers.

Dès l'arrêt *Francovich* (103), la Cour considère que l'État est tenu de réparer le dommage causé en raison de l'absence de transposition de la directive lorsque le contenu de ces droits peut être identifié sur la base des dispositions de celle-ci (104). Dans la partie de son arrêt intitulée « [s]ur l'effet direct des dispositions de la directive qui définissent les droits des travailleurs », la Cour a considéré qu'il y avait lieu d'examiner « si les dispositions de la directive 80/987 qui définissent les droits des travailleurs sont inconditionnelles et suffisamment précises » (105) et de vérifier si, parmi celles-ci, figure la disposition relative au contenu de

(101) R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 266.

(102) Ordonnance de la Cour dans l'aff. C-72/90, *Asia Motor France, Rec.*, 1990, p. I-2181, point 13 ; arrêt du Tribunal dans l'aff. T-571/93, *Lefebvre frères et sœurs e.a., Rec.*, 1995, p. II-2379, point 61.

(103) Aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, 1991, p. I-5357.

(104) *Ibid.*, point 40.

(105) *Ibid.*, point 12.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

la garantie que la directive prévoit en faveur des travailleurs(106). Elle constate que tel est le cas et explique qu'une telle démarche est nécessaire au vu de sa jurisprudence relative à l'invocabilité des directives(107). En abordant, ensuite, la question des conditions de la responsabilité de l'État, la Cour constate que le contenu du droit envisagé par la directive, « ainsi qu'il résulte de l'examen de la première partie de la première question,... peut être identifié sur la base des dispositions de la directive »(108).

Dans l'arrêt rendu le 18 octobre 2001 dans l'affaire *Gharehveran* (109), la Cour a rejeté un argument tiré de la prétendue absence d'effet direct de la directive en cause que la requérante au principal a cru pouvoir déduire de l'arrêt *Francovich* (110). La Cour a rappelé que, dans ce dernier, elle avait jugé « que tant les dispositions de la directive relatives à la détermination des bénéficiaires de la garantie que celles relatives au contenu de la garantie répondent aux conditions de précision et d'inconditionnalité habituellement requises pour qu'un particulier puisse invoquer une disposition contenue dans une directive devant une juridiction nationale, en l'absence de transposition correcte de cette disposition en droit interne »(111).

La jurisprudence de la décennie séparant l'arrêt *Francovich* de l'arrêt *Gharehveran* confirmait le caractère indispensable de l'applicabilité directe de la disposition relative au contenu du droit, qu'il s'agisse d'une disposition d'une directive non transposée ou incorrectement transposée, ou de toute autre disposition du droit communautaire méconnue par l'État.

Dans l'affaire *Dillenkofer*, la Cour a relevé que le contenu des droits visés par l'article 7 de la directive n° 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfaits(112) pouvait être déterminé « avec une précision suffisante »(113).

(106) *Ibid.*

(107) *Ibid.*, point 11.

(108) *Ibid.*, point 44. F. SCHOCKWEILER a considéré que la condition relative aux critères de la disposition définissant le contenu des droits à conférer aux particuliers était « intimement liée » à celle concernant le but de la directive ou, du moins, de la disposition pertinente, ayant noté que, « [s]ur la question de l'effet direct de la directive, la Cour constate que les dispositions sur la détermination du bénéficiaire de la garantie autant que celles sur le contenu de cette garantie sont suffisamment précises et inconditionnelles pour être dotées d'un effet direct ». Voy., son article, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, p. 27, spéc. p. 41-44.

(109) Aff. C-441/99, *Rec.*, 2001, p. I-7687.

(110) *Ibid.*, point 30.

(111) *Ibid.*, point 33.

(112) *J.O.C.E.*, n° L 158, 23 juin 1990, p. 59.

(113) Aff. jtes C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 et C-190/94, *Rec.*, 1996, p. I-4845, points 44 et 45. Voy., également, aff. C-364/96, *Verein für Konsumenteninformation*, *Rec.*, 1998, p. I-2949, points 18-20.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Dans l'arrêt *Faccini Dori* (114), la Cour a déclaré que le contenu de la disposition pertinente de la directive n° 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (115) était inconditionnel et suffisamment précis et que le contenu minimal des droits destinés à être conférés aux particuliers « peut être identifié sur la base des seules dispositions de la directive » (116).

Dans l'affaire *El Corte Inglés* (117), il s'agissait de la directive n° 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (118). À l'instar de l'arrêt précédent, la Cour a rappelé que, dès lors que le résultat prescrit par la directive ne peut être atteint par voie d'interprétation, l'État est tenu de réparer le dommage causé aux particuliers en raison de l'absence de transposition d'une directive, pour autant que trois conditions soient remplies, la première étant que « la directive doit avoir pour objectif que des droits soient attribués aux particuliers » (119). Si, dans son arrêt, la Cour ne s'est pas prononcée sur l'objectif de la directive en cause, elle l'a fait postérieurement, dans l'arrêt *Siepert* (120). Outre la création d'un marché commun du crédit à la consommation, l'objectif de la directive, tel qu'il ressort de certains de ses considérants, est « la protection des consommateurs souscrivant à de tels crédits » (121). La Cour a suivi, à cet égard, l'avocat général Léger qui a considéré que « [l]a directive 87/102 poursuit un objectif général de protection des consommateurs » (122) et qu'elle « a notamment pour objectif de permettre au consommateur de conclure et d'exécuter le contrat de crédit en pleine connaissance de cause. Elle entend ainsi le protéger contre certains risques inhérents au crédit à la consommation, tels que les éventuelles pratiques abusives des professionnels du crédit, les engagements financiers inconsidérés ou encore ce que l'on pourrait appeler le "pouvoir d'achat illusoire" » (123).

Dans l'arrêt *Carbonari* (124), la Cour a rappelé les conditions requises pour que l'État soit tenu de réparer le dommage causé aux particuliers

(114) Aff. C-91/92, *Rec.*, 1994, p. I-3325.

(115) *J.O.C.E.*, n° L 372, 31 décembre 1985, p. 31.

(116) *Rec.*, 1994, p. I-3325, point 28.

(117) Aff. C-192/94, *Rec.*, 1996, p. I-1281.

(118) *J.O.C.E.*, n° L 42, 12 février 1987, p. 48.

(119) *Rec.*, 1996, p. I-1281, point 22.

(120) Aff. C-208/98, *Rec.*, 2000, p. I-1741.

(121) *Ibid.*, point 20.

(122) Conclusions, point 52.

(123) *Ibid.*, point 56.

(124) Aff. C-131/97, *Annalisa Carbonari e.a. c. Università degli Studi di Bologna e.a.*, *Rec.*, 1999, p. I-1103.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

en raison de l'absence de transposition d'une directive, et, parmi elles, la possibilité d'identifier le contenu des droits que la directive a pour objet de conférer à ces derniers (125). Elle a répondu au juge de renvoi que l'obligation de rémunérer de manière appropriée des médecins spécialistes en formation, prévue par la directive n° 75/363/CEE du Conseil du 16 juin 1975 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant les activités du médecin (126), telle que modifiée, était « inconditionnelle et suffisamment précise » en ce qui concerne les conditions requises pour bénéficier de la reconnaissance mutuelle (127), mais qu'elle ne permettait pas, par elle-même, au juge national de déterminer ni l'identité du débiteur ni le montant de la rémunération (128).

Dans l'arrêt *Norbrook Laboratories* (129), répondant à une question portant sur une éventuelle responsabilité de l'État envers une entreprise qui, afin d'obtenir une autorisation de mise sur le marché d'un médicament vétérinaire, s'était vue imposer des conditions supplémentaires à celles prévues par une directive, la Cour a considéré qu'en énonçant « de manière précise et exhaustive » (130) les raisons pour lesquelles une demande d'autorisation de mise sur le marché d'un tel médicament pouvait être refusée, la directive en cause « engendre, pour les particuliers, le droit d'obtenir une autorisation si certaines conditions sont réunies » (131). Elle a relevé que le contenu du droit ainsi conféré « peut donc être suffisamment identifié » sur la base de la directive (132).

Dans l'arrêt *Denkavit International* (133), la Cour a considéré qu'un paragraphe d'un article de la directive n° 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (134), prévoyait « de manière claire et sans équivoque » (135) un droit à l'exemption de la retenue à la source reconnu en faveur de la société mère et qu'un autre paragraphe « indique clairement » le droit de l'État concerné de percevoir, temporairement, une retenue à la source de 5 % (136). Aussi,

(125) *Ibid.*, point 52.

(126) *J.O.C.E.*, n° L 167, 30 juin 1975, p. 14.

(127) *Rec.*, 1999, p. I-1103, point 34.

(128) *Ibid.*

(129) Aff. C-127/95, *Rec.*, 1998, p. I-1531.

(130) *Ibid.*, point 108.

(131) *Ibid.*

(132) *Ibid.*

(133) Aff. jtes C-283/94, C-291/94 et C-292/94, *Rec.*, 1996, p. I-5063.

(134) *J.O.C.E.*, n° L 225, 20 août 1990, p. 6.

(135) *Rec.*, 1996, p. I-5063, point 38.

(136) *Ibid.*

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

les « droits minimaux » (137) pouvaient-ils être déterminés sur la base des dispositions de cet article et invoqués directement devant les juridictions nationales (138).

Très explicite quant à la condition d'effet direct de la disposition violée, la Cour a constaté dans son arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame* que les dispositions tant de l'article 30 (actuellement article 28) que de l'article 52 (actuellement article 43) du traité « ont un effet direct, en ce sens qu'elles confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir directement devant les juridictions nationales » (139). Elle a aussitôt souligné que « [l]a violation de telles dispositions peut donner lieu à réparation » (140). En se référant à la jurisprudence consacrant leurs effets directs, la Cour a souligné que, « si l'article 30 impose une interdiction aux États membres, il n'engendre pas moins, pour les particuliers, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder... De même, l'article 52 du traité confère, par essence, des droits aux particuliers » (141).

Renvoyant à cet arrêt, la Cour a souligné, dans son arrêt *GT-Link* (142), que la perception des taxes contraires aux dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1^{er} (actuellement article 86, paragraphe 1^{er}) et de l'article 86 (actuellement article 82) du traité ouvre droit à réparation du préjudice subi (143), ayant rappelé que, même dans le cadre de la première de ces dispositions, celles de la seconde « ont un effet direct en engendrant pour les justiciables des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder » (144).

Dans l'arrêt *Hedley Lomas*, la Cour rappelle que, pour ouvrir droit à réparation en raison de la violation du droit communautaire, la règle violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers (145). Renvoyant à un arrêt précédent dans lequel l'effet direct de l'article 34 du Traité CE (actuellement article 29) avait été reconnu, la Cour a souligné que, « si l'article 34 du traité impose une interdiction aux États membres, il n'engendre pas moins, pour les particuliers, des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder » (146).

(137) *Ibid.*, point 40.

(138) *Ibid.*

(139) Aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, 1996, p. I-1029, point 23.

(140) *Ibid.*

(141) *Ibid.*, point 54.

(142) Aff. C-242/95, *Rec.*, 1997, p. I-4449.

(143) *Ibid.*, point 60.

(144) *Ibid.*, point 57.

(145) Aff. C-5/94, *Rec.*, 1996, p. I-2553, point 25.

(146) *Ibid.*, point 27.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Dans l'arrêt *Petrie* (147), la Cour a tenu à rappeler que, selon sa jurisprudence, l'article 48, paragraphe 2, du Traité CE (actuellement article 39) était d'effet direct (148) et a indiqué, par la suite, que la violation de cette disposition permettait aux intéressés de saisir les juridictions compétentes d'un recours en indemnité (149).

De même, dans l'arrêt *Haim* (150), la Cour a rappelé que l'article 52 du traité (actuellement article 43) était une disposition directement applicable (151). Cette même constatation a été faite par l'avocat général et par la Cour dans l'affaire *Metalgesellschaft et Hoechst* (152).

Dans l'arrêt *Stockholm Lindöpark*, avant d'aborder la question de la responsabilité de l'État, la Cour a rappelé, à titre liminaire, que les dispositions de la sixième directive en cause « confèrent aux particuliers des droits qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre de l'État membre concerné devant une juridiction nationale » (153).

La terminologie employée par la Cour par rapport à la disposition relative aux droits destinés à être conférés aux particuliers est identique à celle utilisée dans les arrêts concernant l'applicabilité directe des règles et dispositions communautaires. L'enseignement tiré de sa jurisprudence est univoque en ce qui concerne l'indispensable effet direct de la norme violée.

Aussi, au vu de la jurisprudence de la Cour, G. Vandersanden a-t-il estimé qu'il était possible d'affirmer « que la responsabilité de l'État ne peut pas être engagée en l'absence de la violation d'une norme de droit communautaire produisant un effet direct dans le chef du particulier qui l'invoque » et qu'il était « difficile d'étendre la responsabilité de l'État au-delà de la méconnaissance d'une norme de droit communautaire directement applicable » (154).

(147) Aff. C-90/96, *Rec.*, 1997 p. I-6527.

(148) *Ibid.*, point 28.

(149) *Ibid.*, point 31.

(150) Aff. C-424/97, *Rec.*, 2000, p. I-5123.

(151) *Ibid.*, point 45.

(152) Aff. jtes C-397/98 et C-410/98, conclusions de l'avocat général FENNELLY, *Rec.*, 2001, p. I-1730, point 55 ; arrêt de la Cour, *ibid.*, p. I-1727, point 41.

(153) Aff. C-150/99, *Stockholm Lindöpark*, *Rec.*, 2001, p. I-493, point 35.

(154) G. VANDERSANDEN, « Le droit communautaire », in G. VANDERSANDEN et M. DONY, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 5, spéc. pp. 32-33. Cet auteur donne plusieurs raisons pour expliquer l'exigence d'effet direct de la norme communautaire violée : le caractère extensif de la notion d'effet direct, le fait que la jurisprudence relative à la responsabilité de l'État soit fondée sur les caractéristiques de l'ordre juridique communautaire et notamment sur celle de l'effet direct et la considération que, pour obtenir réparation, le requérant doit démontrer une atteinte à un droit subjectif dont la reconnaissance est « l'expression personnalisée des conséquences de la théorie institutionnelle de l'effet direct », *ibid.*, pp. 33-34.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Ainsi, au titre du droit communautaire, le justiciable n'a droit à réparation que lorsqu'un dommage a été causé par une violation suffisamment caractérisée des normes communautaires directement applicables. La jurisprudence nationale est, à bien des égards, moins restrictive.

II. – LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT
SELON LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Dès lors qu'une mesure nationale est incompatible avec des règles communautaires directement applicables, le juge devrait la considérer comme illégale. Une telle illégalité peut être constatée par le juge interne de son propre chef, à la suite d'un renvoi préjudiciel, ou en conséquence d'un arrêt en manquement. La jurisprudence de la juridiction administrative est relativement hétéroclite en ce qui concerne le caractère illégal d'une mesure contraire au traité, le caractère fautif de celle-ci et la possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. En revanche, une certaine constance et une certaine homogénéité apparaissent dans le refus d'imputer au législateur un acte ou un comportement dommageable et d'engager la responsabilité de l'État du fait des lois.

A. – Illégalité, faute et responsabilité sans faute

Dans l'affaire *Steinhauser*, la Cour de justice avait été saisie à titre préjudiciel (155). Ayant prononcé, par suite, l'annulation de la décision du maire de Biarritz écartant le requérant d'une procédure d'adjudication, dont l'admission était subordonnée à une condition de nationalité qui méconnaissait l'article 52 du traité (actuellement article 43), le Tribunal administratif de Pau a, par jugement du 12 novembre 1985 (156), considéré qu'en l'absence de cette décision illégale, la candidature de M. Steinhauser aurait eu une chance réelle d'être retenue. Une telle décision, étant « la source d'un préjudice professionnel indemnifiable », était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la ville (157).

Mais, outre le montant alloué au titre de ce préjudice, le Tribunal de Pau a estimé que « le requérant justifie d'un préjudice moral important », sa candidature ayant été rejetée pour le motif tiré de sa

(155) Aff. 197/84, *Steinhauser*, *Rec.*, 1985, p. 1819.

(156) Non publié.

(157) Voy., également, les arrêts C.E., 30 janvier 1995, *Fourrures Maurice* (*Lebon*, p. 55), et 26 novembre 1999, *Société martiniquaise de concession* (non publié).

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

qualité d'étranger « alors qu'il avait une origine française de par son père » !

On sait que, dans l'affaire *Alivar* du 23 mars 1984 (158), le Conseil d'État a procédé différemment. L'illégalité de l'avis aux exportateurs en cause qui, aux yeux du commissaire du gouvernement Denoix de Saint-Marc, n'était pas contestable au vu de l'arrêt en manquement rendu par la Cour de justice (159), n'a pas été retenue par l'Assemblée du Conseil d'État. Celle-ci, relevant que les actes en cause, « ont été pris pour des motifs d'intérêt général tirés de l'état de pénurie du marché de la pomme de terre en France... et qui s'opposaient à l'octroi du visa de la déclaration d'exportation sollicitée », a considéré que l'État ne pouvait être tenu à réparation que sur le fondement de la responsabilité sans faute. Le Conseil d'État a ainsi censuré le raisonnement du Tribunal administratif de Paris qui, dans son jugement du 23 avril 1980 (160), compte tenu de l'arrêt en manquement rendu par la Cour de justice (161), avait considéré que l'État français devait être déclaré entièrement responsable du préjudice causé à la société Alivar, s'abstenant cependant de toute référence explicite à une illégalité ou à une faute (162).

On peut relever qu'en présence de faits et circonstances presque identiques à ceux de l'affaire *Alivar*, le Tribunal administratif de Rennes, dans trois jugements rendus le 8 octobre 1981 (163), a retenu la responsabilité de l'État pour illégalité fautive. Rappelant que la réglementation

(158) *Lebon*, p. 127 ; *Rev. trim. dr. eur.*, 1984, p. 341, conclusions DENOIX DE SAINT MARC ; *A.J.D.A.*, 1984, p. 396, note GENEVOIS.

(159) Aff. 68/76, *Commission c. France*, *Rec.*, 1977, p. 515.

(160) Non publié.

(161) Aff. 68/76, *Commission c. France*, *Rec.*, 1977, p. 515.

(162) Dans certaines circonstances, la responsabilité sans faute est également abordée dans un contexte communautaire. Voy., p. ex., l'affaire *Établissements Guillier*. Réduite à une activité de simple intermédiaire, et ayant prétendument subi un préjudice anormal et spécial du fait de la modification par la loi du 11 juillet 1985 (loi n° 85-695 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *J.O.R.F.*, 12 juillet 1985, p. 478) des dispositions du Code général des impôts relatives au régime de l'alcool de betterave, la société Établissements Guillier, qui exerçait l'activité de dépositaire agréé du service des alcools, a saisi le Tribunal administratif de Paris d'un recours en indemnité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques. Rejetant sa requête, ce dernier a constaté, par jugement du 11 avril 1988 (non publié), que la loi en cause poursuivait plusieurs objectifs : mettre un terme au monopole étatique de production d'alcool qui était contraire à l'article 37 (actuellement article 31) du Traité CE ; réduire les charges publiques ; faciliter l'exportation d'alcool et permettre l'instauration de la concurrence dans ce secteur. Dans ces circonstances, la responsabilité de l'État ne saurait être engagée. Le Conseil d'État a confirmé ce jugement par arrêt du 4 janvier 1995 (*Dr. adm.*, mai 1995, n° 304, p. 22) « eu égard aux objectifs d'intérêt général » poursuivis par ladite loi. La même solution a été retenue dans l'affaire *Société La Distillerie Hauguel* par le jugement du 2 octobre 1990 du Tribunal administratif de Rouen (non publié) confirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Nantes du 19 novembre 1992 (non publié).

(163) *Coopérative agricole de Lennon*, *Centrale coopérative agricole bretonne* et *Groupe-ment exportateur Malouin de Produits agricoles*, non publiés.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

en cause avait été jugée par la Cour de justice contraire à l'article 34 du Traité CE (actuellement article 29) « qui est au nombre des dispositions dont les particuliers peuvent se prévaloir directement », le tribunal a considéré que, même si cette réglementation avait été instituée par les autorités françaises dans l'intérêt général, l'avis aux exportateurs publié en vertu de cette dernière était entaché d'une illégalité constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État.

Si, pour plusieurs raisons, l'arrêt du Conseil d'État dans l'affaire *Alivar* repose sur un raisonnement « juridiquement fragile » (164) et « met le commentateur dans l'embarras » (165), on peut estimer, avec R. Chapus, que faire « déboucher une incompatibilité reconnue sur une responsabilité sans faute » est un « des exercices qu'on ne fait qu'une fois » (166).

Il est vrai que la Cour de justice considère que, lorsqu'elle constate, par un arrêt, le manquement d'un État membre à une disposition d'effet direct, « il incombe au juge national, en vertu de l'autorité qui s'attache à l'arrêt de la Cour, de tenir compte, s'il y a lieu, des éléments juridiques fixés dans celui-ci en vue de déterminer la portée des dispositions du droit communautaire qu'il a mission d'appliquer » (167) et que « les juridictions nationales ont l'obligation d'assurer le respect de l'arrêt dans l'exercice de leur mission » (168). En effet, la Cour de justice a souligné que la constatation qu'un État membre a manqué à ses obligations communautaires implique pour les autorités nationales, tant judiciaires qu'administratives, de cet État membre, prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité et obligation de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire (169).

Cependant, le juge administratif ne saurait qualifier autrement qu'illégale une mesure nationale incompatible avec une disposition communautaire directement applicable, même si la Cour de justice s'interdit de procéder elle-même à cette qualification. Le Conseil d'État le fait régulièrement et sans hésitation dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, tant par voie d'action que par voie d'exception. Il devrait en être de même dans le cadre du contentieux indemnitaire.

(164) Conclusions du commissaire du gouvernement GOULARD sous l'arrêt C.E., *Dangeville*, *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 171, spéc. p. 175.

(165) B. GENEVOIS, note, *A.J.D.A.*, 1984, p. 396, spéc. p. 399.

(166) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, t. 1, pp. 1353-1354.

(167) Aff. jtes 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, *Waterkeyn*, *Rec.*, 1982, p. 4337, point 15.

(168) *Ibid.*, point 14.

(169) Aff. 48/71, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1972, p. 529, point 7, et aff. C-101/91, *Commission c. Italie*, *Rec.*, 1993, p. I-191, point 24.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Refuser de consacrer l'illégalité des mesures prises par les autorités françaises, déclarées contraires au traité, est « faire litière » de l'arrêt en manquement (170), mentionné pourtant dans le premier considérant de l'arrêt du Conseil d'État.

Certaines juridictions administratives ont adopté une approche similaire à celle du Conseil d'État dans l'affaire *Alivar*, d'autres ont appliqué la jurisprudence devenue traditionnelle, selon laquelle toute illégalité est constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État (171).

Les opérations de dédouanement des vins importés d'Italie, comprenant des analyses systématiques retardant leur mise sur le marché au-delà d'un délai raisonnable, ont été condamnées par la Cour de justice en tant qu'entraves à la liberté de circulation des marchandises interdites par l'article 30 du Traité CE (actuellement article 28) (172).

(170) F. MODERNE et P. BON, *D.S.*, 1986, IR, p. 124.

(171) Ainsi, par jugement du 19 juin 1985 dans l'affaire *Lefebvre* (non publié), le Tribunal administratif de Lille a accueilli certaines demandes d'annulation de décisions de l'administration refusant l'octroi des licences pour l'importation des bananes en France et en a rejeté d'autres. Considérant, cependant, que puisque les décisions de rejet « ont été prises pour des motifs d'intérêt général tirés de la protection du marché national français et qui s'opposaient à l'octroi des licences d'importation sollicitées », l'État ne saurait être tenu en réparation que sur le fondement de la responsabilité sans faute au cas où un préjudice anormal et spécial imputable à l'intervention de l'administration pourrait être établi. Dans un autre jugement *Lefebvre* du 6 novembre 1989 (non publié), le même Tribunal a reconnu le droit de la requérante à la réparation du préjudice causé par « les décisions fautives prises » à son égard. Le caractère fautif de celles-ci découlait de ce que les décisions de l'administration refusant d'accorder l'autorisation pour l'importation des bananes étaient contraires aux articles 30 (actuellement article 28) et 33 du Traité CE. La Cour administrative d'appel de Nancy a confirmé ce jugement par un arrêt du 9 juillet 1991 (non publié). Elle a retenu, en réalité, un détournement de pouvoir commis par l'administration, puisqu'elle considère que les décisions en cause ont été prises « dans le but de protéger les fournisseurs A.C.P. traditionnels ». Et la Cour de déclarer « que ces agissements sont constitutifs d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État... en raison du préjudice subi du fait des pertes commerciales et des frais supplémentaires ». Par jugements du 29 juin 1994 dans les affaires *G.I.E. Fructifruit et Star Fruit Company* (non publiés), le Tribunal administratif de Paris a considéré que les refus de l'administration de délivrer à ces sociétés des licences d'importation de bananes étaient contraires à l'article 30 (actuellement article 28) du Traité CE et que « les refus irrégulièrement opposés constituent des agissements fautifs de nature à engager la responsabilité de l'État ». Autorisé par la Commission européenne, sur le fondement de l'article 115 (actuellement article 134) du Traité CEE, à déroger aux dispositions des articles 30 (actuellement article 28) et suivants du traité, le gouvernement a attribué au groupement d'intérêt économique bananier le monopole des licences d'importation de bananes en contrepartie d'un engagement sur une grille de prix. Certaines sociétés importatrices ont saisi le juge administratif d'un recours en indemnité tendant à la réparation du préjudice par elles subi du fait de la prétendue illégalité des refus, par le ministre, des licences d'importation sollicitées. Par arrêt du 28 juillet 1995 (*Dr. adm.*, 23 mai 1996 n° 42, p. 7, note M. DEGUERGUE), le Conseil d'État a considéré que les requérantes, ne pouvant se prévaloir d'aucune illégalité fautive de l'administration, ne pouvaient demander la mise en cause de la responsabilité de celle-ci pour faute. En outre, puisque les requérantes n'avaient pas établi le caractère certain du préjudice allégué, aucune responsabilité pour rupture de l'égalité des charges publiques ne pouvait être retenue.

(172) Aff. 42/82, *Commission c. France, Rec.*, 1983, p. 1013.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La gravité des pratiques en cause a conduit la Cour, avant le prononcé de l'arrêt, à prendre une ordonnance, au titre des mesures provisoires, enjoignant aux autorités françaises de ne pas dépasser vingt et un jours pour l'analyse effectuée avant la mise à la consommation des lots concernés (173).

Un important contentieux, ayant pour objet la réparation du préjudice causé, a été porté devant les juridictions administratives par des sociétés importatrices. Par jugement du 5 juin 1984 dans l'affaire *Tresch-Alsacaves* (174), le Tribunal administratif de Strasbourg, sans faire référence à l'arrêt de la Cour que le commissaire du gouvernement Raymond a, d'ailleurs, considéré sans pertinence du fait de l'absence d'identité des parties et de cause (175), a déclaré que, si « l'administration était en droit de procéder à l'analyse des vins litigieux sans que les contrôles effectués constituent – du seul fait de leur existence – une entrave au principe de la libre circulation des produits énoncé par les articles 30 et suivants du traité de Rome... le service des douanes ne pouvait user de cette procédure à seule fin d'apporter des restrictions aux importations ou au transit des vins en provenance d'Italie... ». Estimant que les opérations de dédouanement ne devaient pas dépasser un délai de vingt et un jours, durée qu'il a tirée de l'ordonnance et de l'arrêt de la Cour sans toutefois les viser, le Tribunal a considéré « qu'en dépassant notablement ce délai, sans apporter de justifications précises d'un tel retard, l'État a commis une faute de nature à engager sa responsabilité ».

Les mêmes pratiques douanières étaient en cause dans les recours en indemnité introduits par la société vinicole Bérard devant le Tribunal administratif de Dijon, la société Duault devant le Tribunal administratif de Rennes et la société Ales Vins devant le Tribunal administratif de Montpellier.

Par jugement du 15 avril 1986 (176), le Tribunal administratif de Dijon a relevé qu'aucune anomalie des documents concernant l'importation et qu'aucun fait de nature à faire naître un soupçon de fraude motivant le recours à des examens œnologiques systématiques n'ont été invoqués par l'administration et qu'« aucun motif tiré de l'intérêt général n'est invoqué pour justifier les pratiques des services douaniers ». Faisant allusion, implicitement, à un détournement de pouvoir, le Tribunal a estimé que l'objet des contrôles effectués était de faire obstacle à

(173) Aff. 42/82 R, *Commission c. France*, Rec., 1982, p. 841.

(174) *Comm. M.L.Rep.*, 1986, vol. 2, p. 625.

(175) Conclusions non publiées.

(176) *Lebon*, p. 311.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

l'importation des vins en provenance d'Italie, et a considéré que ces agissements contraires à l'article 30 du Traité CE (actuellement article 28) étaient « révélateurs d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État envers la société vinicole Bérard à raison du préjudice qu'elle a subi du fait des retards nés des opérations irrégulières effectuées par le service des douanes dont la durée ne pouvait excéder un délai raisonnable qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de fixer à trois semaines ».

La même approche a été suivie par le Tribunal administratif de Montpellier dans l'affaire *Société Ales Vins*. Par jugement du 20 décembre 1988 (177) rédigé en des termes presque identiques à ceux du jugement du Tribunal administratif de Dijon, l'administration a été déclarée entièrement responsable du préjudice subi par la société requérante. Un appel devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux a été retiré le 21 juin 1990.

Une autre voie a été empruntée par le Tribunal administratif de Rennes. Dans son jugement du 4 juin 1987 dans l'affaire *Société Duault* (178), le tribunal s'est référé, dans le premier considérant, à l'arrêt de la Cour de justice constatant le manquement de la République française aux obligations lui incombant en vertu de l'article 30 du traité (actuellement article 28) et de la réglementation communautaire viti-vinicole. Il a estimé qu'il lui appartenait de déterminer si les pratiques douanières incriminées « ont constitué dans les circonstances de l'espèce et à l'égard de la société requérante une faute de nature à engager la responsabilité de l'État ». Considérant que des irrégularités entachaient les documents accompagnant l'importation et que certaines anomalies avaient été constatées sur les vins originaires d'Italie pendant une certaine période, le Tribunal a conclu qu'il ne ressortait pas du dossier et que la requérante n'avait pas établi que « la circonstance que des contrôles appropriés, justifiés par la constatation récente d'anomalies, aient été effectués sur des vins importés d'Italie, soit en elle-même et à elle seule, eu égard notamment aux nécessités tenant à la préservation du bon ordre public à l'époque considérée, à la protection de la santé publique et à la complexité des mesures à prendre à cet effet, constitutive d'une faute de l'État à l'encontre de la société requérante dont l'activité constitutive de son objet social la conduit normalement à supporter les aléas consécutifs aux variations de la conjoncture économique et aux conditions d'application plus ou moins rigoureuse des réglemen-

(177) Non publié.

(178) Non publié.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

tions douanières ». Aussi, la société Duault ne saurait-elle rechercher la responsabilité de l'État que sur le fondement de la responsabilité sans faute. Les retards anormaux de dédouanement pouvaient être considérés comme de nature à entraîner un préjudice anormal et spécial.

La Cour administrative d'appel de Nantes a désavoué le Tribunal de Rennes. Par son arrêt du 20 juin 1992 (179), la Cour a déclaré, à l'instar du tribunal, qu'il appartenait à la juridiction administrative française d'apprécier si les pratiques condamnées par la Cour de justice étaient de nature à engager la responsabilité de l'État. Cependant, la Cour administrative d'appel a considéré que les autorités douanières étaient tenues d'effectuer les contrôles nécessaires « dans des délais normaux compatibles avec la règle de la libre circulation des marchandises entre pays membres de la Communauté économique européenne ». La Cour a remarqué que le délai maximal de trois semaines qui devait suffire a été « nettement » excédé, et a considéré que les « retards sensibles » dans la mise à la consommation des vins importés, dus aux pratiques douanières en cause, constituaient des mesures équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation interdites par l'article 30 du Traité CE (actuellement article 28). Et la Cour de conclure qu'« en l'absence d'un fait social expressément invoqué par l'État français pouvant permettre de les regarder comme procédant de motifs d'intérêt général, ces pratiques caractérisent une faute dans l'organisation du service des douanes qui engage la responsabilité de l'État envers la société Duault ». Contrairement à ce qu'a jugé le Tribunal, la Cour administrative d'appel estime que certaines irrégularités constatées concernant les documents d'importation ne pouvaient justifier les agissements des autorités douanières, mais devaient, en revanche, atténuer la responsabilité de l'État puisqu'en acceptant des justificatifs affectés d'anomalies, la requérante avait, elle-même, commis une faute.

Le commissaire du gouvernement Cadenat a noté que, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, la responsabilité sans faute étant d'ordre public, elle doit être examinée d'office par le juge, même dans le cadre d'un recours fondé sur la faute. Il a souligné que l'État n'a jamais allégué que les pratiques douanières en cause reposaient sur un motif d'intérêt général. Le commissaire du gouvernement a fait part de son sentiment qu'« en procédant à des contrôles systématiques et vétilleux », l'État a commis un détournement de procédure, sinon de pouvoir. Estimant, contrairement à ce qu'a retenu la Cour, que l'organisation du

(179) *Le Quotidien juridique*, 4-9 avril 1992, n° 29, p. 4, conclusions CADENAT ; *A.J.D.A.*, 1992, p. 172.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

service des douanes n'était pas en cause en l'espèce, mais qu'un détournement de procédure avait été commis par les autorités douanières, M. Cadenat a conclu qu'il s'agissait « d'une faute intentionnelle, les dispositions des articles 30 et 36 du Traité CEE ayant été volontairement méconnues » et qu'en conséquence, la responsabilité des services des douanes devait être engagée pour faute lourde (180).

Ces décisions ne permettent pas de connaître l'incidence du fait que l'acte générateur de préjudice a été pris pour des motifs d'intérêt général. Alors que, dans l'arrêt *Alivar*, cette circonstance semble avoir conduit le Conseil d'État à nier le caractère illégal de l'acte, certaines juridictions administratives ont, nonobstant l'intérêt général, retenu elles-mêmes ce caractère, d'autres semblent exiger que le moyen tiré de l'intérêt général soit expressément invoqué par l'administration. En outre, il n'apparaît pas très clairement si l'intérêt général au nom duquel une mesure illégale a été adoptée prive cette dernière de son caractère fautif ou, tout en admettant ce caractère, empêche seulement de considérer la faute commise comme étant susceptible d'engager la responsabilité de l'État.

Une carence de la part de l'État, génératrice d'un préjudice, est également retenue par le juge administratif comme une cause de responsabilité. Par jugement du 2 mai 2001, dans l'affaire *Société Suez-Lyonnaise des Eaux* (181), le Tribunal administratif de Rennes a considéré qu'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État avait été commise du fait de la transposition tardive d'une des dispositions de la directive communautaire n° 91/676 du 12 décembre 1991 relative à la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles (182).

Le décret et l'arrêté d'application n'ayant pas été pris dans les délais impartis, ce retard constitue, selon le commissaire du gouvernement, une « incontestable absence de diligence de l'État » (183), une « affligeante carence de l'État dans la gestion des installations classées agricoles » (184). Se référant à la jurisprudence de la Cour, M. Coënt a conclu qu'« [e]n faisant preuve de négligence et d'inertie, l'État français peut être regardé comme ayant compromis le résultat prescrit par la directive européenne du 12 décembre 1991 » (185).

(180) *Le Quotidien juridique*, 4-9 avril 1992, n° 29, p. 4, spéc. p. 6.

(181) *A.J.D.A.*, 2001, p. 593, conclusions COËNT.

(182) *J.O.C.E.*, n° L 375, 31 décembre 1991, p. 1.

(183) *A.J.D.A.*, 2001, p. 593, spéc. p. 595.

(184) *Ibid.*

(185) *Ibid.*

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La réticence du juge administratif à tirer toutes les conséquences, sur le terrain de la responsabilité, de la méconnaissance du droit communautaire se manifeste actuellement dans le cas des irrégularités commises par le législateur.

B. – Responsabilité du fait du législateur

La triade *Nicolo* (186), *Boisdet* (187) et *Rothmans International France et Philip Morris France* (188) permettait de présager ou, du moins, d'envisager la reconnaissance de la responsabilité de l'État législateur pour faute (189) ou, si l'on veut éviter cette notion, pour comportement, acte ou omission illégal. La portée de ces arrêts ne devrait pas être confinée au contrôle de la légalité par voie d'exception.

Dans ses conclusions sous l'affaire *Dangeville*, le commissaire du gouvernement Goulard, se référant à ces décisions, a considéré qu'il était « clair que la notion même de légalité s'est élargie pour inclure les actes internationaux et communautaires. Toute méconnaissance de ceux-ci est donc fautive » (190).

Même si une certaine réserve, à vrai dire plutôt fictive, persiste encore en matière de directives communautaires, ainsi qu'en témoigne l'arrêt *Tête* (191), la jurisprudence communautaire du Conseil d'État de la fin des années 1980 et du début des années 1990 devait l'inciter à consacrer la responsabilité du législateur pour illégalité fautive en cas de méconnaissance du droit communautaire. Or tel n'a pas été le cas.

Cette réticence, dérivant de la conception de la loi comme acte incontestable et irréprochable (192), conduit à rechercher un auteur du dommage autre que le législateur et à imputer le fait générateur du préjudice à une autre autorité.

C'est cette voie qui a été préconisée par M^{me} Laroque dans ses conclusions sous l'affaire *Arizona Tobacco Products et Philip Morris France*. Ayant constaté que « [c]'est le principe même d'un régime législatif de prix spécifique aux produits du tabac qui n'est pas compatible avec la

(186) C.E., 20 octobre 1989, *Rev. fr. dr. admin.*, 1989, p. 813, conclusions FRYDMAN, note B. GENEVOIS.

(187) C.E., 24 septembre 1990, *Les Petites Affiches*, 12 octobre 1990, n° 123, p. 15, conclusions M^{me} LAROQUE.

(188) C.E., 28 février 1992, *A.J.D.A.*, 1992, p. 210, conclusions M^{me} LAROQUE.

(189) Voy., dans ce sens, O. GOHIN, « La responsabilité de l'État en tant que législateur », *Rev. intern. dr. const.*, 1998, p. 595.

(190) *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 171, spéc. p. 174.

(191) *Association de sauvetage de l'Ouest lyonnais*, *Rev. fr. dr. admin.*, 1998, p. 407, conclusions SAVOIE ; *A.J.D.A.*, 1998, p. 458.

(192) Pour reprendre les termes de G. VEDEL.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

directive... » (193), le commissaire du gouvernement, admettant que « [l]a tentation est certainement grande, en l'espèce, de rattacher l'illégalité à laquelle les requérantes imputent leur préjudice au fait du législateur » (194), a toutefois tenu à souligner que « la loi reste, même sous l'empire de la Constitution actuelle, la manifestation la plus élevée de la puissance publique » (195). Contraindre l'autorité administrative à écarter l'application d'une loi incompatible avec le traité exprime « le devoir de respect de l'ordre constitutionnel des règles de droit » (196). Suivant cette analyse, « [l]'autorité gouvernementale ou administrative qui se voit attribuer, comme en l'espèce, par le législateur, un pouvoir réglementaire qui n'est pas compatible avec une norme internationale, et que, de surcroît, elle n'est pas tenue d'utiliser dans un sens contraire à cette norme, ne peut légalement en user dès lors qu'elle doit, d'elle-même, faire prévaloir la norme internationale sur la loi interne. L'illégalité de la décision administrative du dommage ne procède donc pas dans ce cas directement de la loi, mais du comportement de l'autorité administrative » (197). Et le commissaire du gouvernement de conclure : « [c]'est donc l'acte réglementaire illégal lui-même qui s'est interposé entre la loi et l'administré, qui est le fait générateur direct du préjudice de ce dernier » (198).

Le Conseil d'État a suivi son commissaire du gouvernement dans ce qu'on a pu qualifier de « politique du bouc émissaire destinée à ménager le législateur » (199). Au terme « d'un raisonnement acrobatique » (200), il a considéré que les décisions ministérielles en cause avaient été prises en application d'un décret dépourvu de base légale, car adopté sur le fondement d'une disposition d'une loi déclarée par la Cour de justice contraire au droit communautaire (201), dont il y avait lieu d'écarter l'application. Ce sont ces décisions ministérielles qui étaient considérées comme entachées d'une illégalité de nature à engager la responsabilité de l'État (202).

(193) *A.J.D.A.*, 1992, *op. cit.*, p. 216.

(194) *Ibid.*, p. 219.

(195) *Ibid.*

(196) *Ibid.*, p. 220.

(197) *Ibid.*

(198) *Ibid.*

(199) P. BERTONI, « L'évolution du droit de la responsabilité : limitation ou préservation de la souveraineté », *Les Petites Affiches*, 24 décembre 1993, n° 154, p. 11, spéc. p. 16.

(200) D. SIMON, « Le Conseil d'État et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie », *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, p. 264, spéc. p. 379.

(201) Aff. 90/82, *Commission c. France, Rec.*, 1983, p. 2011 ; aff. 169/87, *Commission c. France, Rec.*, 1988, p. 4093.

(202) *A.J.D.A.*, 1992, p. 224. En première instance, le Tribunal administratif de Paris, par jugement du 23 février 1987 (non publié), a considéré qu'en adoptant le décret prévoyant l'adoption d'un arrêté par le ministre de l'Économie et des Finances, « le gouvernement s'est borné à

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Tout en reconnaissant que c'est bien la loi et son incompatibilité avec le droit communautaire qui étaient en cause, Y. Galmot et J.-Cl. Bonichot, privilégiant la recherche de la causalité directe, estiment que, pour satisfaire aux exigences du droit communautaire, il suffit d'établir si cette incompatibilité était la cause du préjudice du requérant. « Peu importe », écrivent-ils pragmatiquement, « que l'on constate ou non expressément une "faute" du législateur. C'est l'État qui manque par l'intermédiaire du législateur à ses obligations communautaires » (203).

Il a été relevé, à cet égard, que, « [p]ar ce raisonnement subtil et paradoxal, a pu être esquivée la question de la responsabilité du fait de la loi » (204). Cependant, il existe bien des circonstances dans lesquelles une telle démarche ne pourra pas être suivie. Il est incontestable, en effet, « qu'il peut arriver qu'un texte se passe de toute mesure d'application » (205) et qu'« il ne sera pas toujours possible de procéder à une telle substitution de causes dommageables » (206).

Blessing in disguise ? L'arrêt du Conseil d'État conduit à considérer que l'administration, en n'écartant pas l'application d'une loi contraire à une directive communautaire, commet une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État (207).

Le faux-fuyant dont la maternité appartient à M^{me} Laroque et auquel le Conseil d'État a eu recours dans l'arrêt *Arizona Tobacco Products et Philip Morris France* n'est pas dépourvu, selon certains, d'une « certaine hypocrisie juridique » (208). Même si, dans la perspective de

tirer les conséquences des principes posés par le législateur... ce que pouvoir de réglementation, dont les modalités ont été fixées par le décret... trouve son fondement dans les principes posés par le législateur ; que le moyen articulé à l'encontre de la légalité de ce décret tend, en réalité, à faire apprécier la conformité de la loi... au traité de la Communauté économique européenne et à la directive du Conseil des Communautés... et qu'il ne saurait, dès lors, être accueilli ».

(203) Y. GALMOT et J.-Cl. BONICHOT, « Le juge administratif français, la Cour de justice des Communautés européennes et les directives communautaires : l'ébauche d'une cohérence », *CJEG*, 1999, n° 555 p. 207, spéc. p. 213.

(204) G. DUPUIS, M.-J. GUÉDON et P. CHRÉTIEN, *Droit administratif*, 7^e éd., Paris, Armand Colin, 2000, p. 524.

(205) J. KAHN, « L'évolution de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des lois », *Conseil d'État, Études et Documents*, 1962, Paris, Imprimerie nationale, p. 63, spéc. p. 65.

(206) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, t. 1, p. 1353.

(207) D. SIMON, « Le Conseil d'État, la directive, la loi, le droit : "ad augusta per angusta" », *Europe*, avril 1992, p. 1, spéc. p. 4. En outre, cet auteur constate que le Conseil d'État se rallie ainsi, implicitement, à la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle la primauté du droit communautaire impose à toutes les autorités publiques d'écarter l'application de toute disposition nationale, même législative, qui ferait obstacle à l'efficacité de la norme communautaire. « On mesurera les conséquences de cette généralisation du principe des "baïonnettes juridiques intelligentes" », écrit-il, « si l'on ajoute que la même règle vaut pour les actes adoptés par les autorités administratives déconcentrées ou décentralisées », « Le Conseil d'État et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ? », *Rev. trim. dr. eur.*, 1992, p. 265, spéc. pp. 279-280.

(208) D. SIMON, article précité, *Europe*, avril 1992, p. 1.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

la causalité, la conception du commissaire du gouvernement pouvait, en l'espèce, être défendue, son analyse a, néanmoins, orienté la recherche d'une solution permettant « de généraliser la thèse de l'innocence du législateur et de la culpabilité de l'administration » (209), et d'un certain entortillage.

Or l'hypothèse qui correspond par excellence à la notion de responsabilité de l'État législateur est celle où une loi porte directement préjudice à des particuliers sans qu'interviennent des mesures d'application prises par l'administration (210).

Selon le commissaire du gouvernement Bernault, puisque l'illégalité consiste en la mise en œuvre, par l'administration, d'une loi incompatible avec le droit communautaire, le caractère permissif ou impératif de celle-ci est indifférent (211). Considérant que « [l]es textes, même d'origine législative, incompatibles avec une directive communautaire ne sont pas opposables aux administrés, et [que] leur application est donc constitutive d'une illégalité, en principe fautive... », le commissaire du gouvernement retient la possibilité d'invoquer « la faute commise par l'État à un niveau qu'il n'y a pas lieu d'identifier... » (212). En raison, vraisemblablement, de leur caractère sinon émotif, du moins évocateur, il a suggéré d'éviter les termes « faute », « illégalité » ou « irrégularité » et d'employer celui, « plus neutre », d'illicéité ou l'expression « situation illicite à réparer » qui lui paraissaient, par un exercice sémantique que l'on pourrait considérer futile, plus appropriés pour « faire ressortir très exactement l'idée de responsabilité pour faute à raison de l'application d'une loi incompatible... » (213).

Dans son arrêt *Dangeville* (214), la Cour administrative d'appel de Paris a suivi cette recommandation. En adoptant un raisonnement, jugé « irréprochable » (215), elle a déclaré que la société requérante était fondée à soutenir que « la responsabilité de l'État se trouve engagée en raison de la situation ainsi créée et à demander que l'État soit condamné

(209) Conclusions du commissaire du gouvernement BERNAULT sous C.A.A. Paris, *Dangeville*, *Droit fiscal*, 1992, p. 1420, spéc. p. 1426. Voy., p. ex., le jugement du Tribunal administratif d'Amiens du 17 décembre 1996 dans l'affaire *Association pour la protection des animaux sauvages et du patrimoine c. Préfet de l'Oise*, A.J.D.A., 1997, p. 407, par lequel un arrêté du préfet fondé sur « une simple faculté » conférée par l'article L. 224-2 du Code rural, disposition incompatible avec l'objectif d'une directive communautaire, a été annulé et l'État condamné à verser une indemnité à la requérante.

(210) G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, 12^e éd., Paris, P.U.F., 1992, t. 1, p. 639.

(211) *Droit fiscal*, 1992, spéc. p. 1426.

(212) *Ibid.*, p. 1427.

(213) *Ibid.*

(214) *Droit fiscal*, 1992, p. 1420 ; A.J.D.A., 1992, p. 768, observations PRÉTOT.

(215) Conclusions du commissaire du gouvernement GOULARD sous C.E., 30 octobre 1996, *Dangeville*, *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 171, spéc. p. 175.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

à réparer le préjudice résultant pour elle de la situation illicite résultant de son assujettissant à la T.V.A... » (216). Cette solution fut retenue « [a]u terme d'une motivation d'une singulière sobriété » (217), ce qui pourrait traduire un certain embarras concernant la démarche adoptée.

Dans l'arrêt *Johnnie Walker*, la même Cour a considéré que « la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée en raison de la situation illicite ainsi créée par l'existence... de dispositions incompatibles avec le traité... » (218). Le commissaire du gouvernement Gipoulon a estimé que « [c]ette solution globalisante en ce qu'elle condamne l'État indépendamment de toute référence à l'imputation de la responsabilité de l'État... paraît très audacieuse... [e]lle a le mérite d'éviter de trancher la question de la responsabilité du fait du législateur... mais cette question [ne pourra pas] être éludée dans le cadre du droit interne ». Aussi a-t-il déclaré : « [n]ous ne pensons donc pas que l'imputation de la responsabilité à l'administration du fait de la seule application des lois puisse être retenue en raison du caractère totalement artificiel de cette imputation qui se trouve en outre en contradiction avec la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle la seule application de la loi ne peut engager la responsabilité de l'administration ». La solution adoptée par la Cour dans l'affaire *Dangeville* avait, selon le commissaire du gouvernement, « le mérite de la simplicité et

(216) *Droit fiscal*, 1992, p. 1420, spéc. p. 1423. Par jugement du 23 mai 1989 (non publié), le Tribunal administratif de Paris a déclaré : « Contrairement à ce que soutient la requérante, la mesure litigieuse, à savoir l'abrogation de la taxe sur la valeur ajoutée grevant les opérations de courtage d'assurance, décidée par la sixième directive du Conseil des Communautés européennes, ne pouvait être introduite en droit français que par une loi ; que, d'une part, en tant qu'elle entendait demander réparation à raison d'une éventuelle faute commise par le Parlement dans le délai avec lequel ce dernier a adopté la loi portant abrogation de la taxe en cause, la société n'est pas recevable à demander la mise en jeu de la responsabilité pour faute de l'État du fait de l'activité législative du Parlement ; qu'en tant, d'autre part, que sa demande trouverait son fondement dans l'abstention du gouvernement qui n'a pas déposé de projet de loi dans le délai permettant son adoption dans le délai imparti par une directive communautaire, la question ainsi soulevée, qui se rattache aux rapports du pouvoir exécutif avec le Parlement, n'est pas susceptible, par sa nature, d'être portée devant la juridiction administrative ;... en tant que la société requérante entend mettre en jeu la responsabilité de l'État sur le terrain du risque en raison de l'inégalité devant les charges publiques résultant du maintien en vigueur d'une loi contraire aux objectifs d'une directive du Conseil des Communautés européennes, la société... n'établit pas qu'elle ait subi... un préjudice spécial par rapport aux autres sociétés exerçant la même activité... que, si la Société Jacques Dangeville invoque la rupture de l'égalité devant les charges publiques introduite entre les contribuables par l'instruction précitée..., la circonstance qu'elle en aurait été dispensée n'est, en tout état de cause, pas de nature à ouvrir droit à réparation à son profit dès lors que l'assujettissement à ladite imposition résulte de l'application de la loi ».

(217) X. PRÉTOT, observations sous l'arrêt *Dangeville*, *A.J.D.A.*, 1992, p. 768, spéc. p. 770.

(218) *R.J.F.*, 1993, p. 268. En première instance, le Tribunal administratif de Paris a, par jugement du 17 janvier 1991 (non publié), considéré que la responsabilité de l'État du fait d'une loi contraire au traité ne pourrait être qu'une responsabilité sans faute et a rejeté le recours au motif que la requérante n'avait pas démontré le caractère spécial et anormal du préjudice qu'elle prétendait avoir subi.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

recevra sans difficulté le label européen ». Il a avoué, cependant, ne pas être plus convaincu par cette solution que par celle consacrant la responsabilité pour faute du législateur qu'il considère comme constitutionnellement impossible (219).

À cet égard, M. Goulard n'a pas manqué de remarquer que, dans cette affaire, la Cour administrative d'appel n'avait pas identifié « l'échelon responsable du manquement » (220), éludant ainsi « habilement » la question (221).

La solution retenue dans l'affaire *Arizona Tobacco France et Philip Morris France* et la formule « camouflage » employée par la Cour administrative d'appel de Paris dans les affaires *Dangeville* et *Johnnie Walker* découlent d'une conception de la loi qui n'a plus cours. En effet, « inéluctablement, des hypothèses se présenteront dans lesquelles il ne sera pas possible de considérer le décret comme le fait générateur de l'illégalité. C'est la loi elle-même, par son incompatibilité avec une directive ou un règlement communautaire, qui constituera ce fait générateur. Et c'est même la carence du législateur qui pourra être directement mise en cause pour non-transposition d'une directive » (222).

D'aucuns pourraient considérer quelque peu simpliste de soutenir que « [d]ès lors que le droit français assure la pleine réparation du préjudice résultant d'une méconnaissance du droit communautaire par le législateur, sans exiger les conditions restrictives de la responsabilité du fait des lois, il est en plein accord avec la jurisprudence de la Cour de justice et tout le reste n'est que littérature » (223).

La base sur laquelle la responsabilité de l'État est engagée n'est pas indifférente. M^{me} Laroque n'a-t-elle pas remarqué que « la question du principe de la responsabilité de l'État [est] difficilement dissociable de celui de son fondement » (224) ?

Aussi peut-on prédire que « [l]e juge administratif devra sans doute reconsidérer à un moment donné ce régime de responsabilité du fait des lois qui pourra difficilement rester inchangé » (225). Il est également clair que le problème de la responsabilité de l'État du fait de la carence du législateur pour l'exécution du droit communautaire devrait

(219) Conclusions non publiées.

(220) Conclusions sous C.E., 30 octobre 1996, *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 171, spéc. p. 175.

(221) *Ibid.*

(222) Ch. MAUGÛE et R. SCHWARTZ, *chron.*, *A.J.D.A.*, 1992, p. 329, spéc. p. 331.

(223) Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « Le juge administratif français, la Cour de justice des Communautés européennes et les directives communautaires : l'ébauche d'une cohérence », *CJEG*, 1999, n° 555, p. 207, spéc. p. 213.

(224) Conclusions, *A.J.D.A.*, 1992, p. 217.

(225) Ch. MAUGÛE et R. SCHWARTZ, *chron.*, *op. cit.*, p. 332.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

être posé et tranché. À cet égard, une « révision profonde de la jurisprudence traditionnelle » devrait être entreprise (226).

Le dogme de l'irresponsabilité de l'État du fait des lois a été atténué par la jurisprudence relative à l'égalité devant les charges publiques. Le caractère exclusif de ce fondement de la responsabilité du législateur peut et doit disparaître, compte tenu non seulement de la jurisprudence de la Cour de justice, mais aussi de celle du Conseil d'État lui-même. Le contrôle de « conventionalité » des lois (227) devrait conduire vers la reconnaissance de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État sur le fondement de la faute en cas d'irrégularités commises par le législateur. Qu'une telle consécration soit tributaire de la jurisprudence de la Cour de justice ou qu'elle soit considérée comme procédant de la jurisprudence communautaire la plus récente du Conseil d'État et, par suite, banale au regard du droit français (228), la cohérence n'en serait que renforcée.

Pendant deux décennies, le Conseil d'État a fait sienne, au détriment du justiciable, la thèse soutenue par le commissaire du gouvernement M^{me} Questiaux, dans l'affaire *Semoule* (229). Les paroles prononcées par le commissaire du gouvernement – « ... le juge administratif ne peut faire l'effort qui lui est demandé sans modifier, de sa seule volonté, sa place dans les institutions. Il ne peut ni censurer ni méconnaître une loi... Et ce qui est vrai du contrôle d'une loi par rapport aux règles, en principe supérieures, contenues dans la Constitution l'est également par rapport à tout texte, dont il serait dit expressément comme du traité international qu'il a valeur supérieure à la loi » (230) – ont eu une résonance telle que même les conclusions du commissaire

(226) X. PRÉTOT, « Non-transposition d'une directive et responsabilité de l'État », *R.J.F.*, 1992, p. 21, spéc. p. 23-24.

(227) Voy., p. ex., D. de BÉCHILLON, « Quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge interne », *Rev. fr. dr. admin.*, 1998, p. 225.

(228) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 14^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 1354.

(229) C.E., 4 mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France, Lebon*, p. 149 ; *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, p. 388, note CONSTANTINIDES-MÉGRET ; *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1968, p. 516, note Kovar ; *D.*, 1968, jurisprudence, p. 285, note M.L.

(230) Conclusions, *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, p. 388, spéc. p. 394. Quelques années plus tard, M^{me} QUESTIAUX a expliqué que la position du Conseil d'État était fondée « sur la nature de la relation entre le juge administratif et le législateur ». « Certes », écrit-elle, « l'article 55 de la Constitution dispose que les traités ont valeur supérieure des lois, mais appliquer cette règle pour écarter une loi serait de la part du juge administratif se prononcer en fait sur la constitutionnalité d'une loi ». Selon M^{me} Questiaux, pour le juge administratif, appliquer le principe de primauté du droit communautaire, tel que dégagé par la Cour de justice, « pour refuser d'appliquer une loi postérieure conduit aussi à s'ériger en censeur du législateur ». Écarter l'application d'une loi contraire au traité serait, selon elle, une « fausse solution méconnaissant également les compétences du juge administratif. En deux mots, le juge administratif a simplement mesuré son incapacité à se mettre en conflit avec le législateur ». N. QUESTIAUX, « La collaboration du juge administratif avec un juge international », in R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, *Mélanges Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 387, spéc. p. 392.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

du gouvernement M. Frydman sous l'arrêt *Nicolo* (231) témoignent de l'attachement à une analyse pourtant congénitalement déficiente. M. Frydman n'a-t-il pas, en effet, déclaré que la solution consacrée par la jurisprudence n'était pas critiquable sur le plan juridique (232) ? S'il a proposé « une autre lecture de l'article 55 », c'est qu'elle lui paraissait « infiniment souhaitable en opportunité », concédant, tout de même, qu'elle était également « concevable en droit » (233).

Or, dès le surlendemain du prononcé de l'arrêt *Semoule*, L.-J. Constantinesco, parmi d'autres, a magistralement démontré que les affirmations de M^{me} Questiaux étaient « dépourvues de fondement juridique » et que l'assimilation du contrôle de la conventionalité et du contrôle de la constitutionnalité des lois était fondée sur « un raisonnement qui, sans avoir l'avantage de l'exactitude, [avait] le mérite de la simplicité » (234).

Par son arrêt *Nicolo* (235), le Conseil d'État est, enfin, devenu, ainsi que l'y prédestinait, par « une habilitation implicite » (236), l'article 55 de la Constitution, « le censeur de la loi au regard des engagements internationaux de la France » (237). Cette vocation devrait lui permettre de faire respecter, à tous égards, la primauté du traité sur la loi.

La hiérarchie des normes établie par l'article 55 de la Constitution devrait amener le juge interne à tirer toutes les conséquences de la suprématie du traité sur la loi. D. de Béchillon a bien démontré que toute loi contraire à un traité international viole indirectement l'article 55 de la Constitution, puisque ce dernier fait obligation au législateur de respecter le traité. Aussi a-t-il affirmé : « [S]i la notion – constitutionnelle – d'un traité muni d'une "autorité supérieure à celle des lois" ne signifie pas que le législateur est astreint à cette obligation, elle ne signifie rien ». En effet, « la loi inconventionnelle viole la Constitution par cela même que la Constitution contraint le législateur au respect de la convention » (238).

(231) C.E., 20 octobre 1989, *Rev. fr. dr. admin.*, 1989, p. 813, note GENEVOIS ; *Rev. trim. dr. eur.*, 1989 p. 771, note ISAAC ; *A.J.D.A.*, 1989, p. 788, note SIMON.

(232) Conclusions, *Rev. fr. dr. admin.*, 1989, p. 813, spéc. p. 815.

(233) *Ibid.*

(234) L. CONSTANTINESCO, « Effets et rang des traités et du droit communautaire en droit français », *Rivista di Diritto Europeo*, 1968, p. 259, spéc. pp. 295 et s. Voy., également, la note de C. CONSTANTINIDES-MÉGRET, *Rev. trim. dr. eur.*, 1968, p. 388, et la note de R. KOVAR, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1968, p. 516.

(235) Précité.

(236) B. GENEVOIS, « Le juge administratif, le traité et la loi postérieure », note sous l'arrêt *Nicolo*, *Rev. fr. dr. admin.*, 1989, p. 824, spéc. p. 825

(237) B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *Rev. fr. dr. admin.*, 2000, p. 715, spéc. p. 723.

(238) D. DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire », *Rev. fr. dr. admin.*, 1998, p. 225, spéc. p. 234.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Dans une tentative d'exonérer le juge ou, du moins, de reconnaître des « circonstances atténuantes » en sa faveur, B. Genevois a admis que, lorsque le juge administratif considère qu'il ne saurait qu'appliquer la loi, même contraire au traité, il n'assure pas le respect de cette disposition constitutionnelle. Cependant, a-t-il considéré, il ne faudrait pas déplacer les véritables responsabilités, car « [c]'est parce que l'article 55 a été méconnu par le législateur que le juge administratif ne peut qu'en prendre acte. Il n'est ni coauteur, ni complice de la violation de l'article 55, il en est victime » (239). Accuser le juge d'une violation de cette disposition, « [c]'est le rendre responsable d'un errement qui a été commis antérieurement par le législateur » (240). Mais, même si l'on ne reconnaît pas le fondement assigné par la Cour de justice au principe de la primauté du droit communautaire sur la loi interne, ne faut-il pas considérer, à l'instar de D. de Béchillon, que « c'est dans l'article 55 de la Constitution, et nulle part ailleurs, que nos juges puisent de quoi élever au-dessus de la loi les conventions internationales – droit communautaire y compris » (241) ? Dans un tel cas, et en vertu de cette même disposition constitutionnelle, le juge ne devrait-il pas assumer pleinement son rôle de « redresseur des torts » faits par la loi (242) ? Le contentieux de « la correction juridique de la loi » (243) est, à la fois, multidimensionnel et multiforme.

* *
*

La mise en cause du législateur national directement, dans le cadre d'un recours en responsabilité, est intervenue dans des circonstances où on l'attendait le moins et dans l'État où, en raison, notamment, de la primauté absolue de la loi et de l'absence d'une Constitution écrite, une telle éventualité était la plus improbable, à savoir le Royaume-Uni.

Reconnues incompatibles avec le traité par un arrêt en manquement (244) et, indirectement, par un arrêt préjudiciel (245), certaines dispositions de la loi britannique de 1988 sur la navigation marchande

(239) Note sous C.E., 28 mai 1979, *RUC*, et C.E., 22 octobre 1979, *Peter – Davis, UDT et Élections des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes* (3 arrêts), *A.J.D.A.*, 1980, p. 39, spéc. p. 44.

(240) B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'ordre juridique communautaire », in *Conseil d'État, Études et documents*, 1979-1980, p. 73, spéc. p. 93.

(241) D. DE BECHILLON, article précité, p. 234.

(242) Expression de G. VEDEL et P. DELVOLVE, *Droit administratif*, 12^e éd., 1992, t. 1, p. 645.

(243) D. DE BECHILLON, article précité, p. 240.

(244) Aff. C-246/89, *Commission c. Royaume-Uni, Rec.*, 1991, p. I-4585.

(245) Aff. C-221/89, *Factortame, Rec.*, 1991, p. I-3905.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

ont été déférées aux juridictions internes dans le cadre d'un contentieux indemnitaire.

Les décisions rendues par la *High Court* (246), par la Cour d'appel (247) et par la Chambre des Lords (248) dans l'affaire *Factortame* ont plusieurs traits communs. En premier lieu, les trois jugements ont été rendus, chacun, à l'unanimité. En second lieu, la responsabilité de l'État législateur a été reconnue. En troisième lieu, et surtout, aucun doute n'a été exprimé quant à l'existence d'une responsabilité du fait des lois contraires au droit communautaire. En effet, le principe paraissait acquis et la question n'a même pas été abordée. Certes, les différents membres des instances saisies ont souligné le caractère important de l'affaire. La Cour d'appel a expliqué que cette importance découlait de la circonstance que c'était la première fois que les juridictions britanniques devaient considérer la question de l'octroi des dommages et intérêts par l'État en raison d'une violation du droit communautaire commise par l'adoption et par l'application de certaines dispositions contenues dans une loi adoptée par le Parlement (249). Cependant, le principe même de la responsabilité du législateur n'était ni contesté ni débattu. À cet égard, il est intéressant de noter que la *High Court* a expliqué que c'était en raison de l'absence de toute voie de droit interne permettant d'obtenir réparation en cas de préjudice causé par l'adoption d'une loi que le litige a surgi (250). La Cour d'appel a, de même, rappelé que, traditionnellement, le droit britannique ne comportait pas de voie de droit permettant d'obtenir réparation en cas de dommage causé par une législation adoptée en méconnaissance d'une règle juridique supérieure. Elle a déclaré cependant que, puisque l'existence d'un tel recours contentieux ne saurait être mise en doute dans des circonstances dans lesquelles est présent un élément de droit communautaire, la tradition anglaise en cette matière devrait être réexaminée (251).

Il en est de même dans l'hypothèse d'une carence du législateur. Le cas s'est présenté devant la juridiction allemande.

Bien que les requérantes n'aient pas obtenu réparation du dommage allégué, l'arrêt du *Bundesgerichtshof* rendu dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur* a néanmoins admis que la responsabilité de l'État pour

(246) *E.L. Rev.*, 1997, p. 475.

(247) *E.L. Rev.*, 1998, p. 456.

(248) *E.L. Rev.*, 1999, p. 40.

(249) Voy. l'arrêt de la Cour d'appel du 8 avril 1998, *R. - v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame and others*, *E.L. Rev.*, 1998, p. 456, spéc. p. 459.

(250) *E.L. Rev.*, 1997, p. 475, spéc. p. 505.

(251) *Ibid.*, p. 469.

RESPONSABILITÉ ET IRRESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

carence du législateur pouvait être engagée(252). Le manquement de la République fédérale d'Allemagne aux obligations lui incombant en vertu du traité ayant été constaté par la Cour de justice(253), la Cour suprême fédérale a tenu compte de l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur et Factortame*(254) concernant la responsabilité de l'État. Elle a rappelé que, selon le droit interne, la responsabilité du législateur ne pouvait pas être engagée dans de telles circonstances mais a considéré qu'une action en indemnité fondée sur le droit communautaire devrait pouvoir être intentée.

Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice, les décisions des juridictions nationales, devenues en partie hétéronomes, révèlent le potentiel de la fonction juridictionnelle.

Le contentieux de la responsabilité de l'État exprime la préoccupation d'assurer aux particuliers une réelle protection juridictionnelle au-delà d'un simple contrôle de légalité dont il est, parfois, l'indispensable corollaire. Le justiciable communautaire a droit « à une protection juridictionnelle complète et effective »(255). Une telle protection ne saurait être assurée si l'indemnisation du préjudice subi était subordonnée à des conditions excessivement rigoureuses et difficilement remplies.

L'enjeu transcende la technique contentieuse. Ainsi que l'ont souligné J. Rivero et J. Waline, « [l]a théorie de la responsabilité présente une extrême importance pratique et théorique. La possibilité, pour les administrés, d'obtenir réparation des dommages imputables à la puissance publique est une pièce essentielle de l'État de droit ; par-delà sa valeur pratique, toute théorie de la responsabilité reflète une forme de civilisation »(256).

Le régime des voies de droit permettant aux justiciables d'obtenir réparation doit être aménagé de manière à ne rendre ce droit ni dérisoire ni aléatoire. Le principe de responsabilité ne devrait pas être travesti, en fait, en principe d'irresponsabilité. Plus que tout autre, le recours en responsabilité de l'État devrait permettre de démentir l'ironique constatation de Balzac : « La Justice, c'est comme la Médecine, elle a ses victimes ».

(252) Arrêt du 24 octobre 1996, *EuZW*, 1996, p. 761 ; *N.J.W.*, 1997, p. 123 ; *Comm. M.L.Rep.*, 1997, vol. 1, p. 971. Voy. la note de E. DEARDS, « *Brasserie du Pêcheur*: snatching defeat from the jaws of victory », *E.L. Rev.*, 1997, vol. 22, p. 620.

(253) Aff. 178/84, *Rec.*, 1987, p. 1227.

(254) Aff. jtes C-46/93 et C-48/93, précitées.

(255) Aff. C-399/95 P, *République fédérale d'Allemagne c. Commission, Rec.*, 1996, p. I-2441, point 46 ; aff. C-393/96 P(R), *Antonissen c. Conseil et Commission, Rec.*, 1997, p. I-441, point 36.

(256) J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, 18^e éd., Dalloz, 2000, pp. 259-260.

- 17 -

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Pour contribuer au développement d'une éducation de qualité, l'action de la Communauté européenne vise, entre autres, sous le sceau de la subsidiarité, à favoriser la mobilité des enseignants(1). Les instances politiques de la Communauté ont, fréquemment, exprimé le souhait de voir cette mobilité facilitée. En témoignent, parmi les initiatives récentes, la Résolution conjointe du Conseil et des Représentants des États membres réunis au sein du Conseil du 14 décembre 2000 portant plan d'action en faveur de la mobilité(2), et la Recommandation du Parlement européen et du Conseil du 10 juillet 2001 relative à la mobilité dans la Communauté des étudiants, des personnes en formation, des volontaires, des enseignants et des formateurs(3).

La Cour de justice a reconnu qu'assurer un haut niveau des formations universitaires était un objectif légitime susceptible de justifier certaines restrictions aux libertés fondamentales garanties par le traité(4).

Le métier d'enseignant comporte, en lui-même, une certaine vocation d'itinérant, voire de péripatéticien, de sorte que la mobilité des enseignants n'est pas spécifiquement communautaire. On a pu, en effet, le constater : « les universitaires n'obéissent pas à une logique communautaire mais à des incitations qui sont probablement d'abord linguistiques et sans doute aussi scientifiques »(5).

Le phénomène migratoire des enseignants est ancien et souvent bénéfique. Lors de son intervention, le 9 mai 1948, dans les débats sur la résolution proposée par le Comité culturel, présidé par Salvador de Madariaga,

(1) Article 3, paragraphe 1^{er}, lettre q, et article 149, paragraphe 2, du Traité CE.

(2) *J.O.C.E.*, n° C 371, 23 décembre 2000, p. 4. Cette résolution a été approuvée par le Conseil européen de Nice.

(3) *J.O.C.E.*, n° L 215, 9 août 2001, p. 30

(4) Aff. C-153/02, *Valentina Neri c. European School of Economics (ESE Insight World Education System Ltd)*, *Rec.*, 2003, p. I-13555.

(5) M. FLORY, « La mobilité des professeurs », in Ch. PHILIP (dir.), *L'enseignement supérieur et la dimension européenne*, Economica, 1989, p. 79. Et l'auteur considère que « le Royaume-Uni accueillera de préférence des Américains ou des ressortissants du Commonwealth ; les professeurs français iront plus volontiers enseigner en Suisse, au Canada ou en Afrique francophone et les Allemands plutôt à Berne ou à Vienne », *ibid.*

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

dans le cadre de la séance plénière du Congrès de l'Europe réuni à La Haye, É. Gilson, de l'Académie française, a tenu les propos suivants : « [I]l y a plus de mille ans qu'un empereur, que nous appelons empereur français, mais qui était tout de même empereur allemand, Charlemagne, fixait en France, pour y organiser le premier enseignement public, un lettré anglais, venu de la ville de York, qui fut notre premier ministre de l'éducation nationale, et qui était lui-même l'élève des élèves d'un moine bénédictin italien, que nous appelons Saint Augustin de Canterbury, qui lui-même devait sa culture à celle de l'antique Rome, qui elle-même le devait à celle de la Grèce. Il est impossible de démêler dans cet enchevêtrement d'influences intellectuelles et spirituelles ce qui appartient à tel ou tel pays » (6). S'agissant, plus particulièrement, des professeurs d'université et de la France, l'orateur a rappelé, s'adressant à l'audience, « qu'au treizième siècle, la France a possédé à Paris une université vraiment internationale. Je vais vous dire pourquoi si vous me permettez de rappeler quels furent ses premiers maîtres. Le premier en date était anglais ; le second, Albert le Grand, était allemand ; le troisième, Saint Bonaventure, était italien ; le quatrième était un belge. Puis sont venus Dan Scotter, "Dan Scott", comme disent les écossais ; Guillaume d'Accam, anglais. Et si vous me demandez : Et les français ? Je vous répondrai tout simplement, il n'y en avait pas. L'université de Paris n'a jamais été plus grande, son rayonnement n'a jamais été plus universel, qu'en ce treizième siècle où pas un seul de ses professeurs n'était français » (7).

La règle de non-discrimination n'est, en réalité, comme l'a rappelé Paul Reuter, que l'expression, sous sa forme négative, du principe d'égalité (8). Si, ainsi qu'il l'a été récemment remarqué, « une prohibition plus ou moins formelle de toute forme de discrimination fondée sur le sexe, l'origine – nationale ou ethnique – la langue, les croyances religieuses, les convictions politiques, l'appartenance syndicale, est désormais inscrite dans le droit positif de la quasi-totalité des pays développés » (9), celle relative à la discrimination en raison de la nationalité est la plus ancrée dans notre civilisation : « Le même Droit et la même Loi il y aura pour vous et pour l'étranger qui séjourne parmi vous » (10).

(6) CONSEIL DE L'EUROPE, *Congrès de l'Europe, La Haye 7-11 mai 1948*, ouvrage réalisé en coédition avec l'Union européenne à l'occasion de la célébration du 50^e anniversaire du Conseil de l'Europe le 5 mai 1999, p. 398.

(7) *Ibid.*, p. 399.

(8) Préface à l'ouvrage de M. WYBO, *Discrimination et marché commun*, Paris, L.G.D.J., 1966.

(9) J.-M. BELORGEY, « De quelques problèmes liés à la prohibition et à l'élimination des discriminations : essai de clarification des concepts et éléments de droit comparé », *Droit social*, 2002, p. 683.

(10) *Nombres*, 15, 16.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

Pourtant, l'étranger est encore, parfois, soumis à une sorte de pérenne « droit d'exception » dont la persévérance découle d'une certaine conception de l'ordre public, « réserve pratiquement indéfinie de souveraineté étatique » (11). À cet égard, G. Lyon-Caen a estimé qu'il serait curieux de s'interroger sur les racines historiques de la conception qui tient l'étranger comme représentant, en puissance, un danger plus considérable pour l'État que le national (12). Cependant, ainsi qu'il l'a remarqué, « l'apparition nouvelle d'une liberté de circulation et de séjour au profit des ressortissants de la Communauté amène inévitablement à un certain remaniement... de la réglementation interne » (13).

La présence de l'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est mise en exergue par l'article 12 du Traité instituant la Communauté européenne (14). Une telle interdiction vise, selon une jurisprudence incontestée de la Cour de justice, tant une discrimination directe qu'indirecte, qu'elle soit ouverte ou déguisée, ostensible ou dissimulée. Ainsi qu'il l'a été souligné, « tandis que l'interdiction de la discrimination directe garantit l'égalité "formelle" ou juridique, l'interdiction de la discrimination indirecte garantit l'égalité "réelle" dans les champs économique et social » (15). En effet, « la notion même de discrimination indirecte a été conçue pour mettre à jour la discrimination à l'œuvre derrière des mesures apparemment irréprochables, c'est-à-dire reposant sur des critères apparemment neutres et dont seule l'application fait apparaître la discrimination *de facto* qu'elles constituent » (16).

L'interdiction de « toute discrimination exercée en raison de la nationalité » énoncée par le traité est, néanmoins, assortie d'un bémol : « sans

(11) G. LYON-CAEN, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *Rev. trim. dr. eur.*, 1966, p. 693, spéc. p. 694.

(12) *Ibid.*, p. 695. G. LYON-CAEN explique : « L'État faisant retomber sur l'étranger la méfiance que lui inspirent les États étrangers, l'étranger constitue une menace latente pour la sécurité : c'est l'identification inconsciente de l'étranger à son État, son assimilation à un ennemi putatif, qui explique l'abandon du sujet étranger à la police ».

(13) *Ibid.*, p. 696.

(14) Ex-article 6 et, avant la renumérotation opérée par le Traité d'Amsterdam, article 7 du Traité CE. Sur ce thème, voy. E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités : le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999 ; B. SUNDBERG-WEITMAN, *Discrimination on Grounds of Nationality: Free Movement of Workers and Freedom of Establishment under the EEC Treaty*, North Holland, 1977 ; S. O'LEARY, « The principle of equal treatment on grounds of nationality in article 6 EC: a lucrative source of rights of member state nationals? », in A. DASHWOOD et S. O'LEARY (éd.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, 1997, p. 105.

(15) O. DE SCHUTTER, « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (égalité de traitement et liberté de circulation) », in E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités : le principe de non-discrimination et ses limites*, Bruylant, 1999, p. 11, spéc. p. 25.

(16) *Ibid.*, p. 34.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

préjudice des dispositions particulières » prévues par le traité. En matière de libre circulation des travailleurs, de droit d'établissement et de libre prestation des services, une discrimination fondée sur la nationalité peut être justifiée et, donc, admise, par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Le récent arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Olazabal* (17) traduit, à cet égard, un degré d'atavisme et témoigne de ce qu'un résidu de discrimination est toujours latent et que l'assimilation du mètèque à l'autochtone, du ressortissant communautaire au national n'est ni absolue ni complète.

Les ressortissants communautaires peuvent, en outre, se voir refuser l'accès à certains emplois et l'exercice de certaines professions. Les emplois dans l'administration publique sont, en effet, exclus de la libre circulation des travailleurs (18). De même, les activités considérées par un État membre comme participant, « même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique », sont exceptées de l'application des dispositions du traité relatives au droit d'établissement (19) et à la libre prestation de services (20).

La conformité aux divers principes, règles et dispositions du droit communautaire de plusieurs aspects de la législation et de la réglementation des États membres relatives au statut des établissements d'enseignement et à l'activité d'enseignant a été, à plusieurs reprises, débattue devant la Cour de justice. Celle-ci a jugé, par exemple, que, pour deux raisons, les cours dispensés dans un institut d'enseignement général et technique relevant de l'enseignement secondaire dans le cadre de l'éducation nationale, ainsi que ceux prodigués dans un institut d'enseignement supérieur pour les arts et, plus généralement, les cours dispensés dans le cadre d'un système d'éducation nationale ne pouvaient être qualifiés de « services » au sens du traité, cette dernière notion n'envisageant que des prestations fournies contre rémunération (21). « D'une part, en établissant et en maintenant un tel système, l'État n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées,

(17) Aff. C-100/01, *Ministre de l'Intérieur c. Aitor Oteiza Olazabal*, Rec., 2002, p. I-10981.

(18) Article 39, paragraphe 4, du Traité CE. Voy. la Communication de la Commission intitulée : « Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres – Action de la Commission en matière d'application de l'article 48, paragraphe 4, du Traité CEE », *J.O.C.E.*, n° C 72, 18 mars 1988, p. 2.

(19) Article 45, alinéa 1^{er}, du Traité CE.

(20) Article 55 du Traité CE.

(21) La caractéristique essentielle de la rémunération réside, selon la Cour, dans le fait que celle-ci « constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service ». Aff 263/86, *État belge c. René Humbel et Marie-Thérèse Edel*, Rec., 1988, p. 5365, point 17 ; aff. C-109/92, *Stephan Max Wirth c. Landeshauptstadt Hannover*, Rec., 1993, p. I-6447, point 15.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

mais accompli sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population. D'autre part, le système en cause est, en règle générale, financé par le budget public et non par les élèves ou leurs parents » (22). Et la Cour de préciser que des cours dispensés dans des établissements d'enseignement supérieur financés par des fonds privés constituent, en revanche, des « services » au sens du traité (23). La Cour a récemment rappelé que « l'organisation, contre rémunération, des cours de formation supérieure est une activité économique qui relève du chapitre du traité relatif au droit d'établissement lorsqu'elle est effectuée par le ressortissant d'un État membre dans un autre État membre, d'une façon stable et continue, à partir d'un établissement principal ou secondaire dans cet État membre » (24).

La Cour a également jugé que les activités de recherche, exercées à titre onéreux par des établissements publics d'enseignement supérieur, n'étaient pas des prestations de services « étroitement liées » à l'enseignement universitaire et ne sauraient, dès lors, être exonérées de la T.V.A. au titre de la sixième directive (25).

Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et la question de la discrimination positive ont été considérés par la Cour dans le contexte de la procédure de recrutement des professeurs d'université (26). Les conditions de travail dans des établissements scolaires, notamment les différences entre le régime appliqué aux enseignants employés par ces derniers et celui auquel sont soumis les enseignants ayant la qualité de prestataires de services indépendants auprès de tels établissements, ainsi que certaines des conséquences qui en découlent, notamment en matière de rémunération et d'éligibilité au régime de pension pour les enseignants, ont été scrutées par la Cour (27).

Mais c'est la discrimination, directe ou indirecte, sur base de nationalité, des membres du corps enseignant, qui a surtout retenu l'attention de la Cour et qui a fait l'objet d'une jurisprudence remarquable (28).

(22) Aff. 263/86, *État belge c. René Humbel et Marie-Thérèse Edel*, Rec., 1988, p. 5365, point 18 ; aff. C-109/92, *Stephan Max Wirth c. Landeshauptstadt Hannover*, Rec., 1993, p. I-6447, point 15.

(23) Aff. C-109/92, *Stephan Max Wirth c. Landeshauptstadt Hannover*, Rec., 1993, p. I-6447, point 16.

(24) Aff. C-153/02, *Valentina Neri c. European School of Economics (ESE Insight World Education System Ltd)*, Rec., 2003, p. I-13555.

(25) Aff. C-287/00, *Commission c. Allemagne*, Rec., 2002, p. I-5811.

(26) Aff. C-407/98, *Katarina Abrahamsson et Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, Rec., 2000, p. I-5539.

(27) Aff. C-256/01, *Debra Allonby c. Accrington & Rossendale College e.a.*, Rec., 2004, p. I-873.

(28) Voy., sur ce sujet, J. HANDOLL, « Foreign teachers and public education », in B. DE WITTE (éd.), *European Community Law of Education*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989, p. 31 ; C. FERRARI-BREEUR, *Enseignement supérieur et Communauté européenne*, thèse, Université Jean

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

En effet, l'exigence de nationalité en tant que condition d'accès à l'emploi d'enseignant constitue un obstacle dirimant à l'exercice de la liberté de circulation des enseignants. En outre, le régime auquel sont soumis des enseignants qui, compte tenu de la matière enseignée ou des circonstances dans lesquelles était acquise leur expérience professionnelle, sont majoritairement des ressortissants d'un État membre autre que celui où se situe l'emploi, peut receler une discrimination dissimulée sur base de nationalité.

L'enseignement et les activités connexes peuvent ressortir au droit d'établissement et à la libre prestation de services (29). Une condition de nationalité, exigée pour l'exercice de certaines catégories d'enseignement et pour la création de certains types d'établissements, peut être contraire au droit d'établissement et à la libre prestation de services. Ainsi, la Cour a déclaré incompatibles avec le droit d'établissement des dispositions législatives grecques exigeant la possession de la nationalité grecque par les personnes souhaitant créer des écoles de rattrapage (*frontistiria*), des écoles privées de musique et de danse et dispenser un enseignement à domicile (30). L'exigence de nationalité pour l'exercice de cette dernière activité a été jugée contraire, également, à la libre prestation de services (31).

C'est, notamment, l'exercice de la liberté de circulation des travailleurs par des membres du corps enseignant qui a généré un contentieux porté devant la Cour. Les arrêts rendus par celle-ci à titre préjudiciel et ceux par elle prononcés dans le cadre du recours en manquement permettent de soutenir que c'est, essentiellement, à la jurisprudence qu'est dû, sinon le démantèlement total des barrages nationaux à la mobilité des enseignants communautaires, du moins l'abaissement considérable des haies que ces derniers doivent franchir.

L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité concerne aussi bien l'accès à un emploi que la rémunération et les autres conditions du travail (32). En revanche, la dérogation relative aux emplois dans

Moulin, Lyon III, 1993. Sur la situation en Angleterre, voy. N. HOPKINS, « Recognition of teaching qualifications: Community law in the English context », *E.L. Rev.*, 1996, vol. 21, p. 435.

(29) Voy., p. ex., V. SKOURIS, « La liberté d'établissement et de prestation de services en matière d'enseignement », in B. DE WITTE (éd.), *European Community Law on Education*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1989, p. 21.

(30) Aff. 147/86, *Commission c. Grèce*, Rec., 1988, p. 1637, points 14-17.

(31) *Ibid.*, point 18.

(32) Aff. C-90/96, *David Petrie e.a. c. Università degli studi di Verona et Camilla Bettoni*, Rec., 1997, p. I-6527, point 46. Voy. article 39 du Traité CEE et les articles 1^{er} et 7 du règlement n° 1612/68 du Conseil du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.C.E.*, n° L 257, 19 octobre 1968, p. 2, modifié par le règlement n° 312/76 du 9 février 1976, *J.O.C.E.*, n° L 39, p. 2.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

l'administration publique ne vise, exclusivement, que l'accès à de tels emplois (33). Le ressortissant communautaire, admis à occuper un emploi dans l'administration publique, ne saurait faire l'objet de discrimination en matière de rémunération ou d'autres conditions de travail (34).

La Cour de justice a jugé que l'enseignement n'était pas visé par la notion communautaire d'« emploi dans l'administration publique » (35). De même, dans l'arrêt *Commission c. Italie* (36), elle a considéré que le poste de chercheur auprès du Conseil national italien de la recherche ne relevait pas de la catégorie d'« emplois dans l'administration publique » au sens du traité. Il s'ensuit que les chercheurs ressortissants des autres États membres ne sauraient être assujettis à des conditions d'emploi différentes de celles applicables aux nationaux. Cette notion implique « une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques » (37). Seuls les emplois qui comportent « réellement » (38) ou « effectivement » (39) une telle participation peuvent être considérés comme des emplois dans l'administration publique.

La dérogation concernant de tels emplois « ne vise pas à exclure les travailleurs des autres États membres de certains emplois, mais permet seulement d'exclure éventuellement lesdits travailleurs de certaines activités qui impliquent la participation à la puissance publique » (40). Et la Cour de préciser que la dérogation tenant à l'emploi dans l'administration publique est limitée à ce qui est « strictement nécessaire » pour sauvegarder les intérêts visés (41) et de reconnaître que, pour tomber sous le coup de celle-ci, des « conditions très strictes » doivent être remplies (42). Ainsi, si l'emploi de chercheur au Centre national de la recherche ne relève pas de la catégorie d'emplois dans

(33) Aff. 152/73, *Giovanni Maria Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, Rec., 1974, p. 153, point 6.

(34) *Ibid.*, point 4.

(35) Voy., p. ex., aff. C-473/93, *Commission c. Luxembourg*, Rec., 1996, p. I-3207, points 33-36 et spéc. pour les professeurs de l'enseignement primaire. Pour les enseignants stagiaires, aff. 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, Rec., 1986, p. 2121 ; pour les lecteurs de langue étrangère, aff. 33/88, *Pilar Allué et Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*, Rec., 1989, p. 1591 ; pour les professeurs de l'enseignement secondaire, aff. C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Éducation nationale*, Rec., 1991, p. I-5627.

(36) Aff. 225/85, Rec., 1987, p. 2625.

(37) Aff. 149/79, *Commission c. Belgique*, Rec., 1980, p. 3881, point 10.

(38) Aff. C-473/93, *Commission c. Luxembourg*, Rec., 1996, p. I-3207, point 48.

(39) *Ibid.*, point 36.

(40) Aff. 149/79, *Commission c. Belgique*, Rec., 1980, p. 3881, point 16.

(41) Aff. 147/86, *Commission c. Grèce*, Rec., 1988, p. 1637, point 7.

(42) Aff. 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, Rec., 1986, p. 2121, point 28 ; aff. C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Éducation nationale*, Rec., 1991, p. I-5627, point 7 ; aff. C-473/93, *Commission c. Luxembourg*, Rec., 1996, p. I-3207, point 33.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

l'administration publique, les fonctions de direction ou de conseil de l'État sur des questions scientifiques ou techniques pourraient être ainsi qualifiées (43).

La qualification d'un emploi comme relevant de l'administration publique dépend de la question de savoir si l'emploi en cause est, ou non, « caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État » (44). Cette formule est considérée par J. Boulouis comme manquant de véritable consistance (45). En adoptant un critère fonctionnel (46), estime J. Waline, la Cour « fait dire au traité très exactement le contraire de ce qu'il disait fort clairement », commettant ainsi une violation du traité, puisque, selon lui, « l'intention des auteurs du traité était d'exclure de la libre circulation des travailleurs les emplois de l'administration, au sens organique du terme » (47).

La Cour a récemment atténué davantage la portée de la dérogation relative aux emplois dans l'administration publique. Dans deux arrêts rendus le 30 septembre 2003, elle a jugé que ne sont inclus dans la notion d'emplois dans l'administration que les emplois qui impliquent l'exercice effectif et habituel des prérogatives de puissance publique.

(43) Aff. 225/85, *Commission c. Italie, Rec.*, 1987, p. 2625, point 9.

(44) Aff. 149/79, *Commission c. Belgique, Rec.*, 1980, p. 3881, point 12. Voy., sur ce sujet, L. DUBOIS, « La notion d'emplois dans l'administration publique (article 48, paragraphe 4, Traité CEE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics », *Rev. fr. dr. admin.*, 1987, p. 949. Voy., également, par le même auteur, « L'ouverture de la fonction publique aux ressortissants des autres États membres de la Communauté européenne », *ibid.*, 1991, p. 903 ; J. BOULOUIS, « Fonction publique et nationalité : quelques réflexions à propos de l'ouverture des emplois publics aux ressortissants des États membres des Communautés européennes », in *Droit administratif-Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 81.

(45) J. BOULOUIS, « Fonction publique et nationalité : quelques réflexions à propos de l'ouverture des emplois publics aux ressortissants des États membres des Communautés européennes », in *Droit administratif-Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 81, spéc. p. 84.

(46) Se référant à son arrêt 149/79, *Commission c. Belgique, Rec.*, 1980, p. 388, la Cour a déclaré, dans l'arrêt 307/84, *Commission c. France, Rec.*, 1986, p. 1725, point 12 : « que, pour déterminer si des emplois sont des emplois dans l'administration publique au sens de l'article 48, paragraphe 4, du traité, il convient de rechercher "si les emplois en cause sont ou non caractéristiques des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité pour la sauvegarde des intérêts généraux de l'État". Ainsi que la Cour l'a encore exposé dans cet arrêt, cette interprétation, selon laquelle le critère d'applicabilité de l'article 48, paragraphe 4, du traité doit être fonctionnel et tenir compte de la nature des tâches et des responsabilités que comporte l'emploi, s'impose en vue d'éviter que "l'effet utile et la portée des dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs et à l'égalité de traitement des ressortissants de tous les États membres soient limités par des interprétations de la notion d'administration publique tirée du seul droit national et qui feraient échec à l'application des règles communautaires" ». Voy., également, aff. C-473/93, *Commission c. Luxembourg, Rec.*, 1996, p. I-3207, point 27.

(47) J. WALINE, « La boîte de Pandore : droit administratif et droit communautaire », in *Au carrefour des droits-Mélanges Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 461, spéc. p. 471.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

Les ressortissants communautaires ne pourraient, dès lors, ni se voir refuser l'accès aux emplois dans le cadre desquels l'exercice des prérogatives de puissance publique n'est qu'occasionnel, sporadique, voire exceptionnel, ni se voir dénier l'exercice de telles prérogatives (48). Cette prise de position, intervenue dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs, réduit les circonstances dans lesquelles l'exception relative aux emplois dans l'administration publique peut être valablement invoquée. En outre, elle va à l'encontre du régime communautaire du droit d'établissement et de la libre prestation de services qui exclut, précisément, les activités qui, dans un État membre, participent, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique (49).

Pour le recrutement dans des emplois ne relevant pas de la catégorie d'emplois dans l'administration publique, toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur la nationalité, est interdite.

Dans l'arrêt *Lawrie-Blum* (50), la Cour a déclaré que l'emploi d'un enseignant stagiaire, même s'il implique l'organisation des cours, la notation des élèves et la participation dans la décision quant au passage de ces derniers à la classe supérieure, ne saurait être considéré comme un « emploi dans l'administration publique » au sens du traité. Dès lors, une ressortissante britannique, née au Portugal, ayant poursuivi des études en Autriche, en Angleterre et en Allemagne, ne pouvait se voir légalement refuser, en raison de sa nationalité, l'accès au stage préparatoire de formation, sanctionné par un examen d'aptitude à l'enseignement au lycée en Allemagne. Le fait que, pendant la durée du stage, l'enseignant stagiaire ait la qualité de « fonctionnaire révocable » et soit assimilé, à tous égards, à un fonctionnaire, statut réservé aux seuls nationaux, n'avait pas d'incidence sur cette conclusion.

De même, le poste de lecteur de langue étrangère dans une université ne saurait être considéré comme un emploi dans l'administration publique (51). L'emploi de professeur certifié de l'enseignement secondaire des établissements publics français, ne relevant pas des emplois dans l'administration publique, une ressortissante allemande ne saurait être exclue, en raison de sa nationalité, de l'inscription au

(48) Aff. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*, Rec., 2003, p. I-10391 ; aff. C-47/02, *Albert Anker, Klass Ras, Albertus Snoek c. Bundesrepublik Deutschland*, Rec., 2003, p. I-10447.

(49) Articles 45, alinéa 1^{er} (établissement), et 55 (services) du Traité CE.

(50) Aff. 66/85, *Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg*, Rec., 1986, p. 2121.

(51) Aff. 33/88, *Pilar Allué et Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*, Rec., 1989, p. 1591.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

concours externe du certificat d'aptitude au professorat de l'enseignement du second degré d'allemand (52).

L'exigence de posséder la nationalité hellénique afin d'être en droit d'enseigner une langue étrangère dans une école privée est contraire au droit communautaire (53). Les dispositions législatives helléniques imposant, en des termes généraux, une condition de nationalité pour l'ensemble du secteur de l'enseignement sont incompatibles avec le droit communautaire (54). De même, le fait de réserver les emplois de directeur et de professeur dans les écoles de rattrapage (*frontistiria*), ainsi que dans des écoles privées de musique et de danse, enfreint le traité et contrevient à la libre circulation des travailleurs (55).

La dérogation relative aux emplois dans l'administration publique permet aux États membres de réserver à leurs propres ressortissants l'accès aux emplois dans l'administration publique au sens du traité et l'exercice de certaines fonctions « à l'intérieur d'une même carrière, d'un même service ou d'un même cadre » (56). La Cour a, en effet, clairement déclaré que « le droit communautaire n'interdit pas à un État membre de réserver, à l'intérieur d'une carrière, à ses propres nationaux celles des fonctions qui participent à l'exercice de la puissance publique ou à la défense des intérêts généraux de l'État » (57). Cette règle pourrait être mise en cause, du moins partiellement, par les arrêts rendus le 30 septembre 2003 (58).

Ce sont le statut et les conditions d'emploi des lecteurs de langue étrangère, presque naturellement astreints à s'expatrier, qui ont, notamment, donné l'occasion à la Cour de condamner une discrimination indirecte des ressortissants des autres États membres.

Dans l'arrêt *Allué et Coonan* (59), la Cour a considéré comme discriminatoire, et a déclaré contraire au traité, une législation italienne prévoyant une durée maximale pour les contrats conclus entre une université et les lecteurs de langue étrangère, alors qu'une telle limitation n'était pas imposée aux autres titulaires de contrat de travail avec l'université. Certes, la législation en cause s'appliquait à tous les lecteurs de langue étrangère, y compris ceux de nationalité italienne.

(52) Aff. C-4/91, *Annegret Bleis c. Ministère de l'Éducation nationale*, Rec., 1991, p. I-5627.

(53) Aff. C-123/94, *Commission c. Grèce*, Rec., 1995, p. I-1457.

(54) Aff. C-290/94, *Commission c. Grèce*, Rec., 1996, p. I-3207.

(55) Aff. 147/86, *Commission c. Grèce*, Rec., 1988, p. 1637, points 19-21.

(56) Aff. 149/79, *Commission c. Belgique*, Rec., 1980, p. 3881, point 21.

(57) Aff. 225/85, *Commission c. Italie*, Rec., 1987, p. 2625, point 10.

(58) Aff. C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado*, Rec., 2003, p. I-10391 ; aff. C-47/02, *Albert Anker, Klass Ras, Albertus Snoek c. Bundesrepublik Deutschland*, Rec., 2003, p. I-10447.

(59) Aff. 33/88, *Pilar Allué et Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia*, Rec., 1989, p. 1591.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

Néanmoins, elle affectait, en pratique, principalement, les ressortissants étrangers. En effet, la très grande majorité des lecteurs de langue étrangère étaient des ressortissants des autres États membres (60). Un tel traitement différentiel n'était pas justifié et constituait, dès lors, une forme dissimulée de discrimination sur base de nationalité.

Il n'était pas clair si, dans cet arrêt, c'était uniquement la durée maximale de l'emploi en qualité de lecteur de langue étrangère qui était condamnée par la Cour ou, également, le fait qu'il s'agissait de contrats annuels renouvelables.

Dans un arrêt postérieur (61), la Cour a précisé qu'elle ne s'était précédemment prononcée que sur l'aspect discriminatoire de la limitation temporelle maximale pour les contrats des lecteurs de langue étrangère. Elle a considéré, toutefois, qu'était également discriminatoire la règle de l'annualité des contrats conclus avec ces derniers (62). La discrimination des ressortissants étrangers découle, selon la Cour, du fait que la limitation à un an de la durée des contrats avec possibilité de renouvellement constitue, pour les lecteurs de langue étrangère, « un facteur d'insécurité quant au maintien de la relation de travail et est de nature à permettre des abus de la part de l'administration nationale » (63). À cet égard, la Cour a tenu à souligner que le droit communautaire ne s'opposait pas à des mesures indistinctement applicables adoptées par un État membre afin d'assurer la bonne gestion des universités, même si de telles dispositions étaient susceptibles d'affecter, en particulier, les ressortissants des autres États membres, pourvu, toutefois, qu'elles constituent des mesures « appropriées et nécessaires pour atteindre le but recherché » (64).

Mais la condamnation des contrats à durée déterminée n'est pas absolue. La Cour considère, en effet, que des contrats de travail pour une durée déterminée peuvent être valablement conclus avec les lecteurs de langue étrangère lorsqu'au moment du recrutement, il apparaît que les besoins de l'enseignement ne dépassent pas une telle durée (65). En revanche, lorsque les contrats de travail des enseignants, autres que lecteurs de langue étrangère, sont conclus pour une durée

(60) La Cour a relevé que, « selon les données statistiques fournies par le gouvernement italien, seuls 25 % des lecteurs de langue étrangère ont la citoyenneté italienne », *ibid.*, point 12.

(61) Aff. jtes C-251/91, C-331/91 et C-332/91, *Pilar Allué e.a. c. Università degli studi di Venezia et Università degli studi di Parma, Rec.*, 1993, p. I-4309.

(62) *Ibid.*, points 12-13.

(63) *Ibid.*, point 19. Et la Cour poursuit : « tel est le cas notamment de la pratique, relatée par la Commission, consistant à soumettre le renouvellement du contrat à l'acceptation d'une réduction de rémunération ».

(64) *Ibid.*, point 15.

(65) *Ibid.*, point 16.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

indéterminée, tel devrait être le cas pour les contrats avec les lecteurs de langue étrangère qui sont censés répondre à des besoins constants de l'enseignement, comme l'enseignement des langues dont l'étude est obligatoire ou de celles notoirement les plus demandées (66).

Dans l'arrêt *Spotti* (67), la Cour s'est référée à l'arrêt *Allué et Coonan* (68), et a réitéré qu'était contraire au droit communautaire la conclusion, obligatoirement requise, avec les lecteurs de langue étrangère, de contrats à durée déterminée alors qu'en vertu du droit national, de tels contrats ne pouvaient être conclus avec les autres enseignants chargés de tâches particulières que si une raison objective le justifiait. Et la Cour de souligner que, puisqu'une grande majorité des lecteurs de langue étrangère sont des ressortissants étrangers, cette différence de traitement est de nature à désavantager ces derniers par rapport aux ressortissants nationaux et constitue, dès lors, une discrimination indirecte prohibée par le traité (69).

La raison, à vrai dire apocryphe, avancée par le gouvernement italien dans l'affaire *Allué et Coonan* (70) et par le gouvernement allemand dans l'affaire *Spotti* (71), selon laquelle l'exigence relative à la durée déterminée des contrats avec les lecteurs de langue étrangère était justifiée par la nécessité de s'assurer que ces lecteurs possèdent une connaissance et une pratique actualisées de la langue maternelle qu'ils enseignent, a été justement écartée par la Cour. Cette dernière a souligné que « le danger de perdre le contact avec la langue maternelle est réduit, compte tenu de l'intensification des échanges culturels et des facilités de communications, et qu'au surplus, les universités ont, en tout état de cause, la possibilité de contrôler le niveau des connaissances des lecteurs » (72).

Cette jurisprudence bénéficie également aux ressortissants des pays tiers ayant conclu avec la Communauté un accord d'association comprenant des dispositions analogues à celles du Traité CE en

(66) *Ibid.* Et la Cour explique que « si, par suite, le nombre d'étudiants demandant à fréquenter les cours d'une langue étrangère déterminée venait à diminuer, si cette langue ne bénéficiait plus, dans un État membre, de la même priorité ou, encore, si l'université ne disposait plus des moyens financiers suffisants pour assurer son enseignement, il pourrait être procédé au licenciement des lecteurs se trouvant en surnombre afin d'adapter les effectifs aux nouvelles conditions », *ibid.*, point 18.

(67) Aff. C-272/92, *Maria Chiara Spotti c. Freistaat Bayern, Rec.*, 1993, p. I-5185.

(68) Précité.

(69) Aff. C-272/92, *Maria Chiara Spotti c. Freistaat Bayern, Rec.*, 1993, p. I-5185, point 18.

(70) Précitée.

(71) Précitée.

(72) Aff. 33/88, *Pilar Allué et Carmel Mary Coonan c. Università degli studi di Venezia, Rec.*, 1989, p. 1591, point 14 ; aff. C-272/92, *Maria Chiara Spotti c. Freistaat Bayern, Rec.*, 1993, p. I-5185, point 20.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

matière de libre circulation des travailleurs, de droit d'établissement et de libre prestation de services. Tel est le cas de l'accord d'association entre la Communauté et la République de Pologne (73). La Cour a, en effet, considéré que la disposition pertinente de l'accord d'association, instituant en faveur des travailleurs polonais régulièrement employés sur le territoire d'un État membre un droit à l'égalité de traitement, avait une portée identique à celle de l'article 39, paragraphe 2, du traité tel qu'interprété par sa jurisprudence, notamment par l'arrêt *Spotti* (74). Il en résulte que devait être considéré comme contrat à durée indéterminée le contrat à durée déterminée conclu conformément aux dispositions légales en vigueur en Allemagne entre le Land Nordrhein-Westfalen et M^{me} Pokrzeptowicz-Meyer, aux termes duquel cette dernière a été engagée pour une période de quatre ans, en tant qu'enseignante chargée de tâches particulières et affectée à un poste de lectrice de langue polonaise à l'université de Bielefeld, puisque, pour les autres enseignants chargés des tâches particulières, le recours à un contrat à durée déterminée devait être justifié, au cas par cas, par des motifs objectifs.

Outre la différence quant à la durée des contrats de travail conclus par un établissement universitaire avec des lecteurs de langue étrangère, d'une part, et avec d'autres enseignants, d'autre part, la Cour a été invitée à se prononcer sur d'autres cas de prétendue discrimination indirecte, fondée sur la nationalité, entre les lecteurs de langue étrangère et d'autres membres du corps enseignant.

Dans l'affaire *Petrie* (75) était en cause une disposition législative italienne réservant l'attribution des cours et des suppléances aux seuls professeurs titulaires et aux chercheurs universitaires confirmés. C'est conformément à cette disposition que la demande de plusieurs lecteurs de langue étrangère de nationalité britannique, titulaires de contrats à durée indéterminée et employés par la faculté de langues et de littératures étrangères de l'université de Vérone, d'obtenir la suppléance d'enseignement de langues modernes au sein de cette même université a été rejetée par le recteur de celle-ci.

Saisie par le tribunal devant lequel ces lecteurs avaient contesté la légalité de la décision du recteur et la délibération du conseil de faculté attribuant la suppléance en cause à un professeur de l'université de

(73) Aff. C-162/00, *Land Nordrhein-Westfalen c. Beata Pokrzeptowicz-Meyer*, Rec., 2002, p. I-1049.

(74) Précité.

(75) Aff. C-90/96, *David Petrie e.a. c. Università degli studi di Verona et Camilla Bettoni*, Rec., 1997, p. I-6527.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

Padoue, la Cour a dû se prononcer sur la question de la compatibilité avec le traité de la disposition nationale en cause.

Elle a, en premier lieu, reconnu le droit des États membres de réserver la suppléance à des professeurs ayant été recrutés par voie de concours publics ou, à défaut, à des chercheurs confirmés qui, outre leur admission à un concours public, étaient assujettis à une confirmation trois ans après leur entrée en fonction. La Cour a estimé que les chercheurs confirmés et les lecteurs de langue étrangère ne se trouvaient pas dans une situation comparable, de sorte que la disposition italienne concernée ne pouvait être considérée comme discriminatoire (76).

Toutefois, la Cour a précisé que, si pouvaient être recrutées à un poste d'enseignant universitaire et admises à participer au concours d'accès aux suppléances des personnes ne remplissant pas les critères exigés pour occuper un emploi de chercheur confirmé, la disposition italienne en cause pourrait s'avérer contraire au traité (77). En l'absence de justification objective, une telle disposition risquerait, en effet, de jouer tout particulièrement au détriment des ressortissants des autres États membres (78).

L'affaire *Commission c. Italie* (79) a trait à un autre aspect du traitement discriminatoire réservé aux lecteurs de langue étrangère. Par une loi de 1995, la fonction de lecteur de langue étrangère a été supprimée et remplacée par celle de « collaborateur linguistique de langue maternelle ». Recrutés à l'issue d'une procédure publique de sélection et engagés par les universités sur la base de contrats de travail de droit privé à durée indéterminée, les collaborateurs linguistiques ayant précédemment exercé la fonction de lecteur de langue étrangère bénéficient, au titre de cette loi, d'un droit préférentiel au recrutement et conservent les droits acquis dans le cadre des rapports de travail antérieurs.

Cependant, compte tenu de l'autonomie des universités italiennes, le statut juridique des collaborateurs linguistiques est régi, notamment, par la convention collective de travail du secteur universitaire, par la convention collective propre à chaque université et par le contrat de travail individuel conclu entre chaque université et chaque collaborateur linguistique.

En engageant, en qualité de collaborateurs linguistiques, des anciens lecteurs de langue étrangère, plusieurs universités italiennes n'ont pas reconnu, en termes de conditions financières et de régime de sécurité

(76) *Ibid.*, point 52.

(77) *Ibid.*, point 53.

(78) *Ibid.*, points 55-56.

(79) Aff. C-212/99, *Rec.*, 2001, p. I-4923.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

sociale, l'ancienneté de service acquise par ces derniers. Cette pratique était contraire aux dispositions d'une loi de 1962 aux termes desquelles, en cas de conversion d'un contrat de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée, le maintien des droits acquis du travailleur devait être assuré. C'est cette loi, applicable à l'ensemble des travailleurs nationaux dont le rapport de travail est régi par des contrats de droit privé, qui doit, selon la Cour, servir de terme de comparaison afin d'établir si les anciens lecteurs de langue étrangère, devenus collaborateurs linguistiques, étaient discriminés. Dans la mesure où, selon le droit commun, les travailleurs bénéficient, en cas de conversion des contrats à durée déterminée en des contrats à durée indéterminée, de la reconstitution de carrière, les anciens lecteurs de langue étrangère, devenus collaborateurs linguistiques, doivent en bénéficier également. L'Italie a donc été condamnée pour méconnaissance du traité au motif que n'était pas assurée aux lecteurs de langue étrangère, devenus collaborateurs linguistiques, la reconnaissance des droits acquis, alors qu'une telle reconnaissance était garantie à l'ensemble des travailleurs nationaux.

La question, plus générale, de la prise en considération de l'expérience professionnelle acquise dans l'exercice d'un emploi dans un autre État membre en vue, notamment, du classement, de l'avancement, de la détermination de l'échelon de la grille de rémunération et de l'octroi d'une prime, a été posée devant la Cour.

Avant de statuer sur une telle question dans le contexte de l'activité d'enseignant, la Cour a jugé, dans l'affaire *Schöning-Kougebetopoulou* (80), qu'était nulle de plein droit une clause d'une convention collective nationale allemande, applicable aux employés du secteur public, prévoyant leur classement dans une certaine catégorie de rémunération après huit ans d'expérience dans un des emplois régis par cette convention, de sorte que, même pour un travail comparable, les périodes accomplies au sein du service public d'un autre État membre n'étaient pas prises en compte. Une telle clause désavantage, manifestement, les ressortissants des autres États membres et est, de ce fait, susceptible d'enfreindre le principe de non-discrimination sur base de nationalité. Une telle disposition ne saurait être considérée comme étant conçue pour récompenser la fidélité des employés envers leurs employeurs, dès lors que sont visés tous les emplois régis par la même convention et que sont prises en compte toutes les périodes dans des emplois relevant de la convention quel que soit l'employeur.

(80) Aff. C-15/96, *Kalliope Schöning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Rec., 1998, p. I-46.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

L'affaire *Commission c. Grèce* (81) avait pour origine une plainte déposée auprès de la Commission par un ressortissant grec, musicien de l'orchestre municipal de Thessalonique, personne morale de droit public, dont la période de travail antérieurement accomplie auprès de l'orchestre national de Nice n'avait pas été prise en compte, par les autorités helléniques compétentes, aux fins de son classement dans l'échelle des salaires et de l'octroi de l'allocation d'ancienneté. La législation nationale en vigueur retenait comme années de service ouvrant droit à une majoration de salaire et à une prime d'ancienneté, notamment, les périodes accomplies au sein de l'administration publique nationale ou de personnes morales de droit public à l'exclusion de celles accomplies auprès de l'administration publique d'un autre État membre. Saisie par la Commission d'un recours en manquement, la Cour a considéré que cette exclusion jouait « manifestement au détriment des travailleurs migrants ayant accompli une partie de leur carrière dans le service public d'un État membre autre que la République hellénique » et qu'elle était, dès lors, susceptible de violer le principe communautaire de non-discrimination sur base de nationalité (82). Il incombait à la République hellénique de rechercher, sur demande de l'intéressé, si l'emploi occupé par ce dernier dans un autre État membre devait être considéré comme équivalent à un emploi dans l'administration publique grecque qui est pris en compte en vue du classement dans la grille des salaires et de l'octroi d'une prime d'ancienneté (83).

Antérieurement à ces arrêts, la Cour avait déjà jugé que, lors du classement des candidats participant à un concours pour un emploi d'agent de restauration, l'université de Cagliari n'avait pas le droit de ne pas tenir compte de l'activité professionnelle exercée par la candidate, une ressortissante allemande, auprès de l'administration postale allemande alors que l'expérience acquise par d'autres candidats dans le service public italien était prise en considération (84).

En matière d'enseignement, la Cour a jugé dans l'affaire *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (85) qu'était contraire au droit communautaire une disposition législative autrichienne aux termes de laquelle, pour le calcul de l'ancienneté, aux fins du classement des enseignants et des assistants employés par l'administration publique sur la base d'un

(81) Aff. C-187/96, *Rec.*, 1998, p. I-1095.

(82) *Ibid.*, point 21.

(83) *Ibid.*, point 23.

(84) Aff. C-419/92, *Ingetraut Scholz c. Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda*, *Rec.*, 1994, p. I-505.

(85) Aff. C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst c. Republik Österreich*, *Rec.*, 2000, p. I-10497.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

contrat de droit privé, dans un échelon de la grille des salaires, étaient de plein droit et intégralement prises en compte les périodes d'activité antérieure au sein d'une autorité publique autrichienne ou dans certains établissements d'enseignement public ou privé autrichiens, alors que celles accomplies auprès d'institutions comparables dans les autres États membres ne pouvaient l'être, dans certaines circonstances, qu'avec l'accord du ministre.

Le 22 octobre 1997, trois mois avant le prononcé de l'arrêt *Schöning-Kougebetopoulou* (86), et cinq mois avant celui de l'arrêt *Commission c. Grèce* (87), la Cour a été saisie, à titre préjudiciel, dans une affaire dont les prolongements devaient connaître un grand retentissement.

M. Köbler, depuis 1986 professeur ordinaire à l'université d'Innsbruck où il enseignait l'histoire du droit autrichien et allemand, a introduit un recours devant la Cour suprême administrative autrichienne contre une décision du ministre fédéral des Sciences, de la Recherche et de l'Art prise à son égard le 10 juin 1996. Se prévalant d'une ancienneté de dix ans en qualité de professeur ordinaire à l'université d'Innsbruck et de près de onze ans dans une université allemande, M. Köbler avait demandé, le 28 février 1996, à bénéficier de l'indemnité spéciale d'ancienneté prévue par la loi autrichienne. Cette indemnité est octroyée aux professeurs ordinaires des universités autrichiennes justifiant d'une ancienneté de quinze ans dans cette affectation auprès des universités nationales ou des établissements d'enseignement supérieurs nationaux. La décision de refus adressée à M. Köbler était fondée sur le fait que cette condition n'était pas remplie.

Considérant que l'affaire soulevait des questions d'interprétation du droit communautaire et qu'il était « d'une importance décisive » de savoir si l'exigence d'une ancienneté de quinze ans au sein, exclusivement, des universités autrichiennes n'était pas contraire au traité, la Cour suprême administrative a décidé de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel de la question suivante : « L'article 48 du traité et les articles 1^{er} et 3 du règlement (CEE) n° 1612/68 – qui consacrent le droit des travailleurs à la libre circulation et à l'accès au marché du travail au sein de la Communauté – doivent-ils être interprétés en ce sens que, dans le cadre d'un système de rémunération qui prévoit que le traitement est également fonction, entre autres, de l'ancienneté, il y a lieu d'assimiler aux activités exercées antérieurement dans le pays considéré les activités équivalentes qui ont été exercées antérieurement dans un autre

(86) Aff. C-15/96, précitée.

(87) Aff. C-187/96, précitée.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

État membre (88) ? » La juridiction de renvoi a, par ailleurs, estimé que l'indemnité spéciale d'ancienneté n'avait ni le caractère d'une prime de fidélité ni celui d'une gratification, mais constituait une partie du traitement dans le cadre du système d'avancement dans les échelles des salaires.

Le 11 mars 1998, le greffier de la Cour de justice a attiré l'attention de la Cour suprême administrative sur l'arrêt rendu par la juridiction communautaire le 15 janvier 1998 dans l'affaire *Schöning-Kougebetopoulou* (89) et lui a demandé si, au vu de ce dernier, elle souhaitait maintenir sa demande de décision préjudicielle. Après avoir entendu les parties, la Cour suprême administrative a décidé, le 24 juin 1998, de retirer sa demande, et l'affaire a été radiée du registre de la Cour de justice (90). Mais, contrairement à la position exprimée dans son ordonnance du 22 octobre 1997, la Cour suprême administrative a considéré que l'indemnité spéciale d'ancienneté en cause constituait une authentique prime de fidélité envers un seul employeur, l'État autrichien, compatible avec le droit communautaire et, pour cette raison, a débouté le requérant.

M. Köbler a alors introduit un recours en dommages et intérêts devant le Tribunal civil de Vienne contre l'État autrichien sollicitant la réparation du dommage prétendument subi en raison de l'arrêt de la Cour suprême administrative qu'il considérait contraire au droit communautaire. Le tribunal a saisi la Cour de justice de plusieurs questions portant sur la qualification de l'indemnité spéciale d'ancienneté et sur la compatibilité de cette dernière avec le droit communautaire, ainsi que sur l'éventuelle responsabilité de l'État autrichien du fait de l'arrêt de la Cour suprême administrative.

Par son arrêt du 30 septembre 2003 (91), la Cour a relevé que le régime d'octroi de l'indemnité spéciale d'ancienneté jouait au détriment des professeurs d'université ressortissants d'autres États membres et entravait également la libre circulation des professeurs établis en Autriche qui seraient dissuadés de quitter temporairement leur pays pour enseigner dans un autre État membre (92). La condition relative à l'enseignement dans les seules universités autrichiennes, afin d'obtenir l'indemnité spéciale d'ancienneté, provoquait une inégalité de traitement entre professeurs d'universités autrichiennes et professeurs

(88) Aff. C-382/97, *J.O.C.E.*, n° C 7, 10 janvier 1998, p. 9.

(89) Précitée.

(90) *J.O.C.E.*, n° C 20, 23 janvier 1999, p. 29.

(91) Aff. C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, *Rec.*, 2003, p. I-10239.

(92) *Ibid.*, points 73-74.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

d'université migrants et était, en tant que telle, susceptible de constituer une entrave à la libre circulation des travailleurs (93).

La Cour a, ensuite, souligné qu'elle ne s'était pas prononcée antérieurement sur la question de savoir si une véritable prime de fidélité pouvait justifier une entrave à la libre circulation des travailleurs. En l'espèce, elle a déclaré qu'« il ne saurait être exclu qu'un objectif de fidélisation des travailleurs envers leurs employeurs dans le cadre d'une politique de recherche ou d'enseignement universitaire constitue une raison impérieuse d'intérêt général » susceptible de justifier l'entrave à la liberté de circulation des travailleurs (94).

Les caractéristiques de l'indemnité spéciale d'ancienneté – sa qualification de prime de fidélité par la Cour suprême administrative notwithstanding – ne pouvaient, selon la Cour de justice, justifier l'entrave. Sur le marché de l'emploi des professeurs, les diverses universités autrichiennes se trouvent en concurrence non seulement avec les universités d'autres États membres et des pays tiers, mais, aussi, entre elles. L'indemnité spéciale d'ancienneté n'est pas apte à favoriser la fidélité d'un professeur d'une université autrichienne envers son université (95). En outre, la Cour a considéré que l'indemnité spéciale d'ancienneté était susceptible d'inciter des professeurs à occuper un emploi dans des universités autrichiennes et à renoncer à postuler et à exercer un emploi dans un autre État membre. Elle aurait pour effet de récompenser les professeurs d'universités autrichiennes qui continuent à exercer leur profession sur le territoire autrichien, entraînant ainsi un cloisonnement du marché autrichien de l'emploi des professeurs d'université (96).

Et la Cour de conclure que l'indemnité spéciale d'ancienneté constituait une entrave non justifiée à la libre circulation des travailleurs et qu'elle était, par conséquent, contraire au droit communautaire.

S'appuyant sur sa jurisprudence relative à la protection juridictionnelle des particuliers et au principe de la responsabilité de l'État, et écartant diverses objections soulevées par des États membres, la Cour a déclaré que la possibilité pour les ressortissants communautaires d'obtenir réparation du préjudice causé par la violation du traité par une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, faisait partie des exigences inhérentes à l'ordre juridique communautaire et qu'il appartenait aux États membres de désigner la juridiction compétente

(93) *Ibid.*, point 76.

(94) *Ibid.*, point 83.

(95) *Ibid.*, point 84.

(96) *Ibid.*, points 85-86.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

pour connaître des recours en responsabilité et d'aménager une voie de droit appropriée permettant aux personnes intéressées d'introduire de tels recours (97).

« Grâce à l'acharnement contentieux du professeur Köbler, l'arrêt rendu par la Cour de justice », remarque O. Dubos, « constitue une preuve de la contribution des universitaires à l'intégration européenne... » (98).

Ayant considéré que, contrairement à ce qu'avait jugé la Cour suprême administrative, les conditions prévues par la législation autrichienne pour l'octroi de l'indemnité spéciale d'ancienneté étaient contraires au droit communautaire, la Cour a dû se pencher sur la question de savoir si la méconnaissance du droit communautaire par l'arrêt de la Cour suprême administrative devait permettre, en l'espèce, d'engager la responsabilité de l'État envers M. Köbler.

Les dispositions communautaires interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité entre travailleurs des États membres, notamment en matière de rémunération, méconnues par la juridiction suprême autrichienne, ont pour objet, a souligné la Cour, de conférer des droits aux particuliers. La Cour retient deux violations commises par la Cour suprême administrative. D'une part, une mauvaise application du droit communautaire par suite à une appréciation inexacte de la portée de l'arrêt *Schöningh-Kougebetopoulou*, et, d'autre part, le retrait de la demande de décision préjudicielle. Cette juridiction, ayant requalifié l'indemnité spéciale d'ancienneté et l'ayant considérée comme une réelle prime de fidélité, ne pouvait soutenir, estime la Cour, que la solution du point de droit en cause résultait d'une jurisprudence établie, ou qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable. Partant, en tant que juridiction statuant en dernier ressort, elle était tenue, dans

(97) *Ibid.*, points 30-50. On peut rappeler que la question de savoir dans quelle mesure une décision judiciaire erronée était susceptible de constituer un manquement imputable à l'État a été depuis longtemps discutée. Dans ses conclusions relatives à l'affaire 30/77, *Regina c. Pierre Bouchereau*, *Rec.*, 1977, p. 1999, l'avocat général WARNER a déclaré : « Il serait incorrect de prétendre qu'une action ou une inaction précise de la part d'un tribunal d'un État membre ne puisse jamais constituer un manquement de cet État à une obligation lui incombant en vertu du traité », *ibid.*, p. 2020. Envisageant, plus particulièrement, l'abstention d'une juridiction nationale de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel, l'avocat général WARNER a considéré qu'« un État membre est tout aussi justiciable d'une procédure au sens de l'article 169 pour ne pas avoir rempli cette obligation qu'il le serait pour ne pas avoir satisfait à toute autre obligation », conclusions sous l'aff. 9/75, *Martin Meyer-Burckhardt c. Commission*, *Rec.*, 1975, p. 1171, spéc. p. 1187. MM. MERTENS DE WILMARS et VEROUGSTRAETE ont soutenu que seul un refus systématique de la part d'une juridiction supérieure de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel pourrait être constitutif de manquement. Voy. leur article intitulé : « Proceedings against member states for failure to fulfil their obligations », *Comm. M.L.Rev.*, 1970, p. 385, spéc. p. 390.

(98) O. DUBOS, « La violation du droit communautaire par une juridiction nationale : *quis custodiet custodiet? Custodiet ipsi, scilicet...* », *J.C.P., La Semaine juridique - Administrations et Collectivités territoriales*, 2003, p. 1384, spéc. p. 1388.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

ces circonstances et conformément à l'alinéa 3 de l'article 234 du traité, de maintenir sa demande préjudicielle (99).

Cependant, pour se prononcer sur la question de savoir si la responsabilité de l'État devait, en vertu du droit communautaire, être engagée en l'espèce, la Cour n'examine que la décision de la Cour suprême administrative selon laquelle l'indemnité spéciale d'ancienneté n'était pas contraire au droit communautaire, sa qualification par cette dernière de prime de fidélité nonobstant.

Pour apprécier si cette violation du droit communautaire était suffisamment caractérisée pour donner lieu à réparation, la Cour relève que la question de savoir si, et dans quelles circonstances, pouvait être justifiée une prime de fidélité constituant une entrave à la libre circulation des travailleurs n'était pas explicitement réglée par le droit communautaire et ne trouvait pas de réponse dans la jurisprudence de la Cour. D'ailleurs, estime cette dernière, la réponse à cette question n'était pas évidente (100). Le retrait injustifié de la demande de décision préjudicielle, provoqué par une lecture erronée, mais que la Cour ne dit pas implausible, de l'arrêt *Schöningh-Kougebetopoulou* n'a pas, toutefois, d'incidence, selon la Cour, sur son appréciation.

Et la Cour de conclure que, dans ces circonstances, la violation du droit communautaire, constituée par l'arrêt de la Cour suprême administrative, n'était ni manifeste ni suffisamment caractérisée, de sorte que l'engagement de la responsabilité de l'État n'était pas requis par le droit communautaire (101).

Dans l'arrêt *Commission c. Luxembourg* (102), la Cour a déclaré qu'une condition de nationalité ne pouvait être exigée afin d'occuper un emploi dans le secteur de l'enseignement. L'argument du gouvernement luxembourgeois, selon lequel la nationalité luxembourgeoise des enseignants était nécessaire « pour assurer la transmission des valeurs traditionnelles » et « essentielle pour la sauvegarde de l'identité nationale », compte tenu de la superficie du grand-duché et de sa situation démographique (103), a été écarté. La Cour a, en effet, considéré que la sauvegarde de l'identité nationale, un objectif digne de protection, pouvait être assurée par des moyens autres que l'exclusion des ressortissants des États membres du secteur de l'enseignement (104). Elle a

(99) Aff. C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, points 114-119.

(100) *Ibid.*, point 122.

(101) *Ibid.*, point 124.

(102) Aff. C-473/93, *Rec.*, 1996, p. I-3207.

(103) *Ibid.*, point 32.

(104) *Ibid.*, point 35.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

souligné qu'à l'instar des nationaux, les ressortissants des autres États membres devaient satisfaire aux conditions exigées pour le recrutement, notamment celles tenant à la formation, à l'expérience et aux connaissances linguistiques (105).

La question de l'identité nationale et de l'exigence des connaissances linguistiques a été également considérée dans l'affaire *Groener* (106). Était en cause une réglementation irlandaise subordonnant la nomination à un poste permanent à plein-temps de professeur dans les institutions publiques d'enseignement professionnel à la preuve d'une connaissance suffisante de la langue irlandaise. Professeur d'art à titre temporaire et à temps partiel au *College of Marketing and Design* à Dublin, M^{me} Groener, de nationalité néerlandaise, a posé sa candidature, après y avoir enseigné pendant deux ans, pour un poste permanent à plein-temps dans ce même *College*. Ayant échoué aux épreuves de langue irlandaise, M^{me} Groener s'est vue refuser sa nomination par le ministre. Elle a informé la Commission et le Parlement européen de la condition imposée par la réglementation irlandaise et a formé un recours contre la décision, prise à son égard, devant la juridiction irlandaise. Cette dernière a saisi la Cour de justice à titre préjudiciel.

Dans son arrêt, la Cour devait se prononcer sur la portée de l'article 3, paragraphe 1^{er}, dernier alinéa, du règlement n° 1612/68 aux termes duquel « les conditions relatives aux connaissances linguistiques requises en raison de la nature de l'emploi à pourvoir » ne sont pas visées par l'interdiction des mesures directement ou indirectement discriminatoires des ressortissants des autres États membres. Relevant que l'enseignement de l'art, comme celui de la majorité des matières enseignées dans les établissements publics d'enseignement professionnel, est prodigué essentiellement, voire exclusivement, en langue anglaise, la Cour a considéré que la connaissance de la langue irlandaise n'était pas indispensable à l'accomplissement des tâches d'enseignement de l'art (107). Cependant, cette constatation ne suffisait pas, à elle seule, pour permettre d'apprécier si l'exigence des connaissances dans la langue irlandaise était, en l'espèce, justifiée en raison de la nature de l'emploi postulé par M^{me} Groener.

Remarquant que la langue irlandaise était la première langue officielle et nationale de l'Irlande, la Cour a rappelé la politique suivie par le gouvernement irlandais pour soutenir et promouvoir l'usage de cette

(105) *Ibid.*

(106) Aff. C-379/87, *Anita Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee, Rec.*, 1989, p. I-3967.

(107) *Ibid.*, point 15.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

langue « comme moyen d'expression de l'identité et de la culture nationale » et a constaté que l'obligation, faite aux professeurs des établissements publics d'enseignement professionnel, de posséder une certaine connaissance de la langue irlandaise, faisait partie des mesures prises au titre de cette politique (108). Pour la Cour, si le droit communautaire ne s'oppose pas à une telle politique, la mise en œuvre de cette dernière ne saurait, toutefois, entraver l'exercice de la liberté de circulation des travailleurs. Dès lors, les mesures prises dans le cadre de cette politique devraient être proportionnées par rapport au but poursuivi et leur mise en œuvre ne devrait pas comporter des mesures discriminatoires au détriment des ressortissants des autres États membres (109).

Soulignant l'importance de l'enseignement pour la réalisation d'une telle politique, la Cour a considéré que n'était pas « déraisonnable » l'exigence d'une certaine connaissance de la première langue nationale de la part des professeurs (110). Mais seule une connaissance « adéquate » et un niveau de connaissance proportionné par rapport à l'objectif poursuivi correspondent aux « connaissances linguistiques requises en raison de la nature de l'emploi à pourvoir » visées par le règlement n° 1612/68 (111).

Le respect par les États membres de leurs obligations communautaires n'est pas toujours assuré. Des plaintes sont, parfois, déposées auprès de la Commission qui assume le rôle de « gardienne du traité ». Cependant, même quand elle entame la procédure en manquement contre un État membre, la Commission n'est pas tenue de donner aux tiers accès au dossier et, notamment, à la lettre de mise en demeure et à l'avis motivé, même postérieurement à la saisine de la Cour.

Dans l'arrêt *David Petrie e.a. c. Commission* (112), le Tribunal a rappelé que, tout au long de la procédure, administrative et contentieuse, des négociations peuvent avoir lieu entre la Commission et l'État membre concerné afin de faire volontairement exécuter, par ce dernier, les obligations lui incombant (113). Selon le Tribunal, la préservation de l'objectif d'un règlement amiable du différend entre la Commission et l'État membre avant le prononcé de l'arrêt par la Cour, justifie, « au titre de la protection de l'intérêt public relatif aux activités d'inspection et d'enquête et aux procédures juridictionnelles... le refus d'accès aux

(108) *Ibid.*, point 18.

(109) *Ibid.*, point 19.

(110) *Ibid.*, point 20.

(111) *Ibid.*, point 21.

(112) Aff. T-191/99, *Rec.*, 2001, p. II-3677.

(113) *Ibid.*, point 68

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

lettres de mise en demeure et aux avis motivés rédigés dans le cadre de la procédure de l'article 226 CE » (114).

Mais, en cas de méconnaissance du droit communautaire par les organes étatiques, le particulier se trouve démuné lorsque les juridictions nationales se dérobent et que la Commission abdique. L'affaire *Theodoros Papoulakos* (115) permet d'illustrer une telle situation.

La candidature de M. Papoulakos, ressortissant hellénique, à un poste de chercheur auprès de l'université *La Sapienza* de Rome et auprès de l'Institut universitaire de langues modernes de Milan a été rejetée en 1990 en raison de sa nationalité. Saisie d'une plainte déposée par l'intéressé contre les décisions prises à son égard et d'une demande d'engager la procédure en constatation de manquement à l'encontre de la République italienne, la Commission lui a fait savoir que ces décisions étaient, en effet, contraires au traité, mais que l'élimination de la condition de nationalité nécessitait une action générale et systématique de sa part et une procédure de longue haleine. La Commission a suggéré au plaignant de saisir les juridictions italiennes (116).

Sept ans plus tard, M. Papoulakos a saisi le médiateur européen et la commission des pétitions du Parlement européen et s'est adressé également à l'ambassade du Royaume-Uni à Athènes, cet État assurant à l'époque la présidence de l'Union européenne, dénonçant le traitement discriminatoire de la part des autorités italiennes compétentes duquel il était victime et l'omission de la Commission d'engager la procédure en manquement.

La plainte déposée auprès du médiateur a été rejetée comme tardive. L'ambassade du Royaume-Uni a informé M. Papoulakos que l'affaire ne ressortissait pas à la compétence de la présidence en exercice de l'Union européenne. Enfin, la commission des pétitions du Parlement européen a répondu qu'elle n'était pas en mesure de donner suite à la pétition de M. Papoulakos, la décision du recteur de l'université *La Sapienza* et celle du directeur de l'Institut universitaire de langues modernes de Milan ayant été prises huit ans avant la saisine de la commission.

(114) *Ibid.*

(115) Aff. T-248/01, *Theodoros Papoulakos c. République italienne et Commission des Communautés européennes*, ordonnance du 26 novembre 2001 (non publiée au *Rec.*) ; aff. C-215/05 P, *Theodoros Papoulakos c. République italienne et Commission des Communautés européennes*, ordonnance du 2 février 2006, *Rec.*, p. I-18 (publication sommaire).

(116) Sur les obligations de la Commission et sa pratique en cas de plaintes, voy. C. W. A. TIMMERMANS, « Judicial protection against the member states: Articles 169 and 177 revisited », in *Institutional Dynamics of European Integration – Mélanges Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff, 1994, p. 391.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

M. Papoulakos s'est alors adressé à la Cour de justice dénonçant son exclusion des épreuves des concours en cause. Le greffier de la Cour l'a informé que celle-ci n'avait pas compétence pour trancher, directement, des différends opposant des États membres à des particuliers et que ces derniers ne peuvent la saisir que d'un recours dirigé contre une décision des institutions communautaires qui les concernent directement et individuellement.

Le requérant s'est adressé de nouveau, à trois reprises, à la Commission l'invitant à agir contre l'Italie. Il a, ensuite, saisi le Tribunal de première instance, sollicitant l'annulation des décisions des autorités italiennes, l'adoption d'ordonnances enjoignant à ces dernières de le recruter pour l'année universitaire 2001/2002, la constatation de la carence de la Commission d'engager la procédure en manquement contre l'Italie et la condamnation de la Commission à lui verser des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral qu'il prétendait avoir subi.

Par ordonnance du 26 novembre 2001, le Tribunal s'est déclaré manifestement incompétent pour connaître des chefs des conclusions relatifs à la demande d'annulation des décisions des autorités italiennes et à la délivrance d'injonctions aux autorités italiennes (117).

Le Tribunal a, ensuite, rappelé qu'un recours en carence ne pouvait être intenté par une personne privée que lorsqu'une institution communautaire s'est abstenue de lui adresser un acte, autre qu'une recommandation ou un avis, ou d'adopter un acte qui l'aurait concernée directement et individuellement. Se référant à une jurisprudence constante, le Tribunal a déclaré qu'était irrecevable un recours en carence formé par une personne privée, dont l'objet est de faire constater une prétendue illégalité commise par la Commission du fait de l'omission d'engager la procédure en manquement contre un État membre (118).

S'agissant de la demande de dommages et intérêts, le Tribunal a considéré que, puisque la Commission était investie d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'opportunité d'entamer la procédure en manquement, son abstention, à cet égard, ne saurait constituer une illégalité et ne saurait, dès lors, être considérée comme étant de nature à engager la responsabilité non contractuelle de la Communauté (119).

(117) Aff. T-248/01, *Theodoros Papoulakos c. République italienne et Commission des Communautés européennes*, ordonnance du 26 novembre 2001, points 19-23 (non publiée au *Rec.*); aff. C-215/05 P, *Theodoros Papoulakos c. République italienne et Commission des Communautés européennes*, ordonnance du 2 février 2006, *Rec.*, p. I-18 (publication sommaire).

(118) *Ibid.*, points 24-26.

(119) *Ibid.*, point 27.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

Cette dernière affirmation est, dans son principe, éminemment contestable. L'existence d'une marge d'appréciation discrétionnaire dans le chef de la Commission pour engager la procédure en manquement contre un État membre n'implique nullement que son omission ne saurait être tenue pour illégale, ne fût-ce que pour détournement de pouvoir.

L'éventualité d'un recours en responsabilité dans de telles circonstances a été envisagée depuis longtemps, notamment par le président Robert Lecourt qui s'est demandé : « Que peuvent bien faire les parties si une juridiction suprême, tenue de mettre en œuvre (la procédure préjudicielle), s'en abstient pour interpréter elle-même des textes réservés à la compétence exclusive de la Cour ? Rien. Le traité est violé et les parties sont apparemment privées de recours. Il n'est cependant pas défendu d'attendre avec curiosité le moment où, faute de pouvoir obtenir l'application d'une disposition communautaire dans son propre État, un particulier, après avoir requis vainement de la Commission toute mesure opportune, saisirait la Cour d'une action en indemnité contre la Communauté, à qui il ne resterait plus sans doute qu'à se tourner contre l'État défaillant » (120). Cette même interrogation a été formulée, quelques années plus tard, par le même auteur en ces termes : « La question pourrait même se poser de savoir si le particulier lésé par la violation [des traités] ne pourrait pas envisager une action en responsabilité devant la Cour de justice, sur la base de l'article 215 du Traité C.E.E., contre une Communauté dont la carence, face à un tel manquement, aurait causé un préjudice appelant réparation » (121).

* *
*

En matière de libre circulation des enseignants, l'interdiction de discrimination directement fondée sur la nationalité a permis à la Cour d'élucider le sens de la notion communautaire d'emplois dans l'administration publique et d'en expliciter les contours. L'interdiction de discrimination indirecte lui a donné l'occasion de se prononcer sur des questions telles que la durée du contrat de travail, la prise en compte des périodes d'enseignement accomplies à l'étranger et l'exigence des connaissances linguistiques et d'autres conditions, parfois requises par

(120) R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, 1976, p. 266.

(121) R. LECOURT, « Le rôle unificateur du juge dans la Communauté », in *Études de droit des Communautés européennes-Mélanges Pierre-Henri Teitgen*, Pedone, 1984, p. 221, spéc. p. 229.

NON-DISCRIMINATION DES ENSEIGNANTS EN RAISON DE LA NATIONALITÉ

des États membres, afin d'occuper un poste d'enseignant ou d'exercer certaines fonctions.

La citoyenneté de l'Union européenne ouvre de nouvelles perspectives dans le champ d'application du principe de non-discrimination sur base de nationalité (122). Elle ne manquerait de faire surgir d'autres questions relatives à la liberté de circulation des enseignants.

En vertu de l'article 18 du traité, « tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». Dans l'affaire *D'Hoop* (123), la Cour a considéré que l'exercice du droit de circuler aux fins de suivre un enseignement dans un autre État membre ne saurait permettre à l'État dont l'intéressé est ressortissant de lui réserver un traitement moins favorable que celui réservé à un ressortissant de cet État qui n'a pas exercé le droit conféré à tout citoyen de l'Union par l'article 18 du traité.

La Cour a déclaré que, « dans la mesure où un citoyen de l'Union doit se voir reconnaître dans tous les États membres le même traitement juridique que celui qui est accordé aux ressortissants des États membres dans la même situation, il serait incompatible avec le droit de la libre circulation qu'il puisse se voir appliquer dans l'État membre dont il est ressortissant un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait usage des facilités ouvertes par le traité en matière de circulation » (124). Rappelant que, dans le domaine de l'éducation, l'action de la Communauté doit « tendre notamment à favoriser la mobilité des étudiants et des enseignants » (125), la Cour a considéré qu'une réglementation nationale ne saurait désavantager des ressortissants nationaux « du seul fait qu'il ont exercé leur liberté de circulation aux fins de poursuivre un enseignement dans un autre État membre » (126). Mais la portée de cette prise de position est plus générale : « une telle inégalité de traitement est contraire aux principes qui sous-tendent le statut de citoyen de l'Union, à savoir la garantie d'un même traitement juridique dans l'exercice de sa liberté de circuler » (127).

(122) Voy. C. TIMMERMANS, « Lifting the veil of Union citizens' rights », in *Une Communauté de droit-Mélanges Rodríguez Iglesias*, BMW-Berliner Wissenschafts Verlag, 2003, p. 195.

(123) Aff. C-224/98, *Marie-Nathalie d'Hoop c. Office national de l'emploi*, Rec., 2002, p. I-6191.

(124) *Ibid.*, point 30.

(125) *Ibid.*, point 32.

(126) *Ibid.*, point 34.

(127) *Ibid.*, point 35.

- 18 -

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ACCÈS AUX DOCUMENTS
PROVENANT DES ÉTATS MEMBRES DÉTENUS
PAR LES INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES

Le droit d'accès aux documents détenus par les institutions communautaires (1), témoignant d'une « affirmation progressive et toujours plus large du droit pour l'individu d'accéder aux informations officielles » (2), et qui est, aujourd'hui, considéré par certains comme « un véritable droit subjectif à caractère fondamental octroyé à l'individu » (3), voire « un

(1) Aux fins du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, *J.O.C.E.*, L 145, 31 mai 2001, p. 43, le terme « document » comprend, conformément à son article 3(a) : « tout contenu quel que soit son support (écrit sur support papier ou stocké sous forme électronique, enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel) concernant une matière relative aux politiques, activités et décisions relevant de la compétence des institutions ».

(2) Conclusions de l'avocat général TESAURO dans l'aff. C-58/94, *Royaume des Pays-Bas c. Conseil, Rec.*, 1996, p. I-2169, point 16. Au regard de la législation française, G. BRAIBANT préférerait l'expression « le droit de savoir » qui inclut, selon lui, « le droit d'accès » – liberté individuelle – : la possibilité pour chacun de connaître les informations qui ont été réunies sur son compte, et « le droit à l'information » – liberté publique – : la possibilité pour tous de consulter les documents et les dossiers qui présentent un intérêt général. Voy. « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés. Mélanges offerts au professeur R.-É. Charlier*, Éd. Émile-Paul, 1981, p. 703, spéc. pp. 703-740. M. KLJNSTRA a considéré que « *transparency not only incorporates the right of every citizen to have access to information, but also the duty of the administration to give in active way information about its policy and actions. It includes also the decision making processes and law protection procedures are transparent and the fact that legislation has to be coherent and clear* », cité par F. SCHRAM, « Debating transparency: a challenge for the Belgian presidency », in V. DECKMYN (dir.), *Increasing Transparency in the European Union?*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2002, p. 33, spéc. p. 35. Voy., aussi, J. BIANCARELLI et N. ROBERT, « Le principe de transparence en droit communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 493, spéc. pp. 494-495. Comme ces auteurs l'ont remarqué : « L'un des aspects essentiels du principe de transparence est aussi le plus classique : celui de la possibilité, pour les citoyens européens, d'obtenir les documents administratifs des institutions communautaires », in « Le principe de transparence en droit communautaire », *ibid.*, p. 508.

(3) Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission, Rec.*, 2007, p. I-11389, point 40. Voy., également, les conclusions du même avocat général dans les aff. jtes C-39/05 P et C-52/05 P, *Royaume de Suède et Maurizio Turco c. Conseil, Rec.*, 2008, p. I-4723, point 21, et les conclusions de l'avocat général SHARPSTON dans l'aff. C-28/08 P, *Commission c. Bavarian Lager Co. Ltd.*, prononcées le 15 octobre 2009, *Rec.*, 2010, p. I-6051, point 1.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

droit fondamental de valeur constitutionnelle »(4), semble constituer une source intarissable de contestation et ne laisse d'alimenter le

(4) Conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission*, précité, point 42. Si le droit d'accès n'a été, jusqu'à présent, qualifié, ni par la Cour ni par le Tribunal, de droit fondamental, l'on peut relever que, dans les arrêts T-300/04 et T-337/04, *Athanasios Pitsiorlas c. Conseil de l'Union européenne et Banque centrale européenne*, Rec., 2007, p. II-4779, le Tribunal a considéré : « à supposer même que le droit d'accès aux documents détenus par les autorités publiques communautaires, y compris la BCE, puisse être considéré comme un droit fondamental protégé par l'ordre juridique communautaire en tant que principe général du droit... », *ibid.*, point 221. Dans plusieurs arrêts, le Tribunal a considéré que le droit d'accès aux documents constitue un principe général du droit communautaire. Voy., p. ex., aff. T-14/98, *Heidi Hautala c. Conseil*, Rec., 1999, p. II-2489, point 67 ; aff. T-309/97, *The Bavarian Lager Company Ltd. c. Commission*, Rec., 1999, p. II-3217, point 38 ; aff. T-191/99, *David Petrie, Victoria Jane Primhak, David Verzoni e.a. c. Commission*, Rec., 2001, p. II-3677, point 66 ; aff. T-84/03, *Maurizio Turco c. Conseil*, Rec., 2004, p. II-4061, point 60. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal évoque « un principe général consistant à conférer au public le plus large accès possible aux documents détenus par les institutions ». On notera que, dans l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux, il est affirmé : « Tout citoyen de l'Union, ainsi que toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un État membre, a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union, quel que soit leur support ». Dans ses conclusions sous l'arrêt C-58/94, *Royaume des Pays-Bas c. Conseil*, Rec., 1996, p. I-2169, l'avocat général TESAURO a déclaré qu'« on peut estimer que le droit d'accéder aux informations est présenté, de manière toujours plus évidente, comme un droit civil fondamental », *ibid.*, point 16. L'avocat général LÉGER a évoqué « l'émergence d'un droit en rapport étroit avec les fondements de la Communauté », conclusions dans l'aff. C-353/99 P, *Conseil c. Heidi Hautala*, Rec., 2001, p. I-9565, point 52, « l'existence d'un principe fondamental du droit d'accès à l'information détenue par les institutions communautaires », *ibid.*, point 55, et a considéré que « le principe d'accès aux documents tire sa force de sa nature de droit fondamental », *ibid.*, point 77. En 1998, le juge H. RAGNEMALM a pu écrire qu'« à la lumière de la jurisprudence de la Cour relative au respect des droits fondamentaux protégés par des constitutions des États membres – et c'est bien de cela [qu'il s'agit – nous pouvons donc éventuellement considérer que le principe d'accès aux documents détenus par les institutions communautaires constitue désormais un principe général de droit communautaire », « Démocratie et transparence : sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires », in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, vol. II, Milano, A. Giuffrè, 1998, p. 809, spéc. p. 827. C. HARLOW a remarqué, en 1999, que « [t]ransparency is a value which has climbed rapidly to the top of political agendas throughout the western world, rising with the desire for participatory or deliberative democracy. In the EU it found its way on to the constitutional agenda at Maastricht, finding a place in the cultivation of a concept of European Citizenship. In this sense, freedom of information is very much in tune with the present political climate », « Freedom of information and transparency as administrative and constitutional rights », in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. II, 1999, p. 285, spéc. p. 299. À cet égard, J.-M. COMMUNIER a considéré que « le principe de transparence est désormais considéré comme un principe général du droit en voie d'autonomie » et qu'en l'état actuel de la jurisprudence, « il ne fait aucun doute que ce dernier doit être classé dans la catégorie des principes constituant la "Communauté de droit" », « Le principe de transparence : réflexions sur sa qualification et sa portée », in *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Éd. Apogée, 2006, p. 261, spéc. pp. 266-267. Pour J. BIANCARELLI et N. ROBERT, « le principe de transparence... est à ranger au nombre de ce qu'il est convenu d'appeler les "principes généraux du droit de troisième génération" qui ont tout à la fois pour objet et pour effet de mieux régir les modalités d'organisation et de fonctionnement des structures sociales et de conférer de nouveaux droits aux citoyens », « Le principe de transparence en droit communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de L. Dubouis*, op. cit., p. 493, spéc. p. 495. Sur cette question, en général, voy. M. BROBERG, « Access to documents: a general principle of Community law? », *E.L. Rev.*, 2002, vol. 27, p. 194.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

contentieux devant la juridiction communautaire (5). C'est, peut-être, car « on n'invente pas tous les jours des droits de l'homme » (6) et que l'exercice même de tels droits est sujet à des limites. Ce sont, notamment, l'étendue, la portée et l'application des exceptions à l'exercice du droit d'accès qui font l'objet de litiges entre les personnes sollicitant la communication de tels documents et les institutions communautaires qui les détiennent, portés devant le Tribunal de première instance et, sur pourvoi, devant la Cour de justice (7).

Si le droit d'accès couvre les documents établis par les institutions communautaires elles-mêmes, il s'étend, également, ainsi que le précise le règlement n° 1049/2001, aux documents des tiers reçus par elles (8), et ce, « dans tous les domaines d'activité de l'Union européenne » (9). Conformément à l'article 4, paragraphe 4, dudit règlement, dans le cas où la demande d'accès porterait sur des documents provenant de tiers et détenus par les institutions communautaires (10), les tiers concernés,

(5) Comme l'a constaté J. RIDEAU, « la transparence est désormais omniprésente dans le vocabulaire juridique et politique », « Jeux d'ombres et de lumières en Europe », in J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne – Mythe ou principe juridique ?*, L.G.D.J., 1998, p. 1. On notera que les notions de transparence et d'opacité n'ont pas la faveur du vice-président du Conseil d'État : « Transparence, je n'aime guère ce mot, ni son opposé, celui d'opacité, lorsqu'ils sont utilisés à propos de la chose publique. La transparence, nous dit le dictionnaire, est la qualité de ce qui laisse apparaître la réalité tout entière. Or, je pense qu'on ne peut pas exiger de l'administration ni d'ailleurs de quelque personne physique ou morale quelle qu'elle soit de faire apparaître sa réalité tout entière. Il existe, chez les personnes physiques, la barrière infranchissable de l'intimité qui protège notre "misérable petit tas de secrets". L'entreprise bénéficie du secret d'affaire[s], dont les contours sont d'ailleurs assez incertains. De même l'administration, considérée comme le support logistique des gouvernants, est nécessairement le dépositaire de certains secrets liés aux délibérations des autorités responsables, à la préparation ou à l'exécution de leurs décisions, aux relations diplomatiques, à la sécurité extérieure ou intérieure de l'État. Ne parlons donc de transparence qui ne pourrait être que relative. Parlons plutôt du droit des personnes à la communication des documents administratifs et du devoir d'information des administrations publiques qui est la contrepartie exacte de ce droit », R. DENOIX DE SAINT MARC, « La transparence : vertus et limites », in *Transparence et secret, Colloque pour le xxv^e anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs*, La Documentation française, 2004, p. 11, spéc. pp. 12-13.

(6) G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », *loc. cit.*, p. 703.

(7) Sur la jurisprudence du Tribunal et de la Cour, antérieure à l'entrée en vigueur du règlement n° 1049/2001, voy. C. NAÔMÉ, « The case-law of the Court of Justice and of the Court of First Instance of the European Communities on transparency: from Carvel to Hautala II (1995-2001) », in V. DECKMYN (dir.), *Increasing Transparency in the European Union?, op. cit.*, p. 147.

(8) Article 2, paragraphe 3, du règlement n° 1049/2001. Par « document émanant d'un État membre », on entend tout document, quel qu'en soit l'auteur, qu'un État membre a transmis à une institution communautaire. « Le seul critère pertinent est celui de la provenance du document et du dessaisissement par l'État membre concerné d'un document qui était en sa possession ». Aff. C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission*, *Rec.*, 2007, p. I-11389, point 61.

(9) *Ibid.* Comme l'a rappelé l'avocat général KOKOTT dans ses conclusions du 8 septembre 2009 dans l'aff. C-139/07 P, *Commission c. Technische Glaswerk Ilmenau*, point 59 (arrêt rendu le 29 juin 2010, *Rec.*, 2011, p. I-5885).

(10) L'article 3(b) du règlement n° 1049/2001 dispose que, par « tiers », on entend « toute personne physique ou morale ou entité extérieure à l'institution concernée, y inclus les États

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

sauf quand la divulgation ou la non-divulgation ne saurait faire l'objet de doute, sont consultés afin de permettre à l'institution communautaire de déterminer si l'une ou plusieurs des exceptions prévues par le règlement devraient s'appliquer et, par la suite, de prendre sa décision.

Bien qu'aux fins de l'application du règlement n° 1049/2001, la notion de « tiers » englobe les États membres (11) et, qu'à ce titre, conformément à l'article 4, paragraphe 4, dudit règlement, ces derniers doivent être consultés quant à l'éventuelle divulgation des documents par eux transmis, l'article 4, paragraphe 5, ajoute qu'« un État membre peut demander à une institution de ne pas divulguer un document émanant de cet État membre sans l'accord préalable de celui-ci » (12).

Il semblerait que, bien qu'une demande de ne pas divulguer des documents par lui transmis puisse être formulée par l'État membre concerné, comme par tout tiers dont émane le document, dans le cadre de la consultation engagée par l'institution communautaire conformément à l'article 4, paragraphe 4, sans que, pour autant, leur position soit contraignante pour celle-ci, le droit de l'État membre de demander, de son propre chef, en vertu de l'article 4, paragraphe 5, que, sans son consentement, un document émanant de lui ne soit pas divulgué, est indépendant de l'engagement ou du non-engagement de la procédure de consultation. La demande de l'État pourrait, néanmoins, provoquer certaines difficultés dans les cas où l'objection étatique concernerait un document émanant de lui et dont l'institution communautaire consi-

membres, les autres institutions et organes communautaires ou non communautaires, et les pays tiers ».

(11) *Ibid.* Comme l'a constaté l'avocat général POIARES MADURO, « un grand nombre des documents qui servent à la prise de décision communautaire émanent des États membres », conclusions sous l'arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission*, précité, point 42. La Cour a également souligné cette circonstance en soulignant que les documents en provenance des États membres détenus par les institutions communautaires constituent « une catégorie particulièrement importante de documents susceptibles de se trouver à la base du processus décisionnel communautaire et d'éclairer celui-ci », arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission*, précité, point 61.

(12) Certains auteurs considèrent que cette disposition n'aurait pas dû être incluse dans le règlement. Voy., p. ex., H. R. KRANENBORG, « Is it time to revise the European Regulation on public access to documents ? », *European Public Law*, 2006, vol. 12, p. 251 ; M. E. DE LEEUW, « The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off? », *E.L. Rev.*, 2003, vol. 28, p. 324. Cet auteur a relevé que « *the new Regulation grants the Member State a real "veto" power. On the basis of Article 4(5) a Member State may request the institution not to disclose a document originating from that Member State without its permission... The danger of this provision is that all documents which in the eyes of a Member State might lead to unwarranted criticism or interference from outside can be barred from access by a mere request in this respect. There is no need for an exception to apply, nor for the document to be confidential according to the law of the Member State or the institutions. Instead of leaving the recipient (i.e. the institutions) to decide whether or not to accept the request for non-disclosure, it is the originator (i.e. the Member State) that decides... It is remarkable that this provision could have passed the European Parliament* », *ibid.*, pp. 337-338.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

dérèrerait que, clairement, il devrait être divulgué. Inversement, si, dans le cadre de la consultation prévue à l'article 4, paragraphe 4, du règlement, les tiers et les États membres dont émane le document peuvent exprimer leur position sur la divulgation ou la non-divulgation de ce dernier, en revanche, l'accord de l'État membre, visé à l'article 4, paragraphe 5, dudit règlement, ne permet à l'État membre que de demander que le document ne soit pas divulgué, mais non pas qu'il le soit. Cette dernière hypothèse pourrait, elle aussi, donner lieu à des difficultés particulières dans le cas où, s'agissant du même document, l'institution communautaire considérerait qu'il ne devrait pas être divulgué (13).

La lecture combinée de ces deux paragraphes ne permet pas de savoir si la demande de non-divulgation formulée par l'État devrait être motivée, si seules les exceptions prévues aux paragraphes 1^{er} à 3 de l'article 4 du règlement n° 1049/2001 pourraient être invoquées par l'État membre s'opposant à la divulgation de ses documents, et si l'objection soulevée par ce dernier serait, en toutes circonstances, contraignante et devrait, inmanquablement, amener l'institution communautaire, de ce seul fait, à en refuser l'accès.

En matière d'accès aux documents détenus par les institutions communautaires, mais provenant des États membres, c'est l'étendue du droit d'empêcher de ces derniers et la signification et la portée de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 qui se trouvent au cœur d'une problématique qui a donné lieu à une jurisprudence du Tribunal de première instance démesurément protectrice des États membres, largement désavouée par la Cour de justice et qui demeure toujours d'actualité (14).

I. – LE DROIT D'EMPÊCHER EST CONSACRÉ
PAR LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE

Les arrêts et ordonnances en la matière, rendus par le Tribunal de première instance, ont consacré le droit quasi absolu des États membres d'empêcher la divulgation, par les institutions communautaires, des

(13) Une telle éventualité n'est pas purement théorique. L'institution communautaire pourrait considérer que l'accord de l'État dont émane le document nonobstant, la divulgation de ce dernier porterait atteinte à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit, visée à l'article 4, paragraphe 2, troisième tiret, du règlement n° 1049/2001, ou qu'elle porterait gravement atteinte à son propre processus décisionnel, exception prévue à l'article 4, paragraphe 3, du règlement.

(14) Plusieurs affaires relatives à ces questions sont actuellement pendantes devant le Tribunal, voy., p. ex., aff. T-250/08, *Batchelor c. Commission*, J.O.U.E., C 209, 15 août 2008, p. 64 (arrêt rendu le 24 mai 2011, *Rec.*, 2011, p. II-2551) ; aff. T-59/09, *République fédérale d'Allemagne c. Commission*, J.O.U.E., C 113, 16 mai 2009, p. 35 (arrêt rendu le 14 février 2012, publié au *Rec.* numérique).

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

documents par eux transmis. Cette position a été largement critiquée par la doctrine.

A. – Le Tribunal de première instance jette un voile sur les documents détenus par les institutions communautaires émanant des États membres et reconnaît à ces derniers le droit d'empêcher leur divulgation

La jurisprudence du Tribunal en matière d'accès aux documents originaires des États membres et détenus par les institutions communautaires a été, essentiellement, fixée par deux arrêts rendus en l'espace d'un peu plus d'un an.

Dans le premier de ces arrêts, *Mara Messina c. Commission* (15), prononcé le 17 septembre 2003, le Tribunal, composé de cinq juges siégeant à la quatrième chambre élargie, a rappelé que le droit d'accès aux documents des institutions concerne tous les documents détenus par une institution communautaire, ceux par elle établis ou reçus (16). Il a constaté que, dès lors, les institutions pouvaient être amenées à communiquer des documents émanant de tiers, y compris les États membres (17), mais a considéré qu'au titre de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001, ceux-ci bénéficient « d'un traitement particulier » (18). Ce « traitement particulier » consiste, notamment, en la faculté reconnue aux États membres ayant transmis des documents de demander que ces derniers ne soient pas divulgués sans leur accord préalable (19). Rappelant que cette disposition constitue la transposition de la déclaration n° 35 annexée à l'Acte final du Traité d'Amsterdam, le Tribunal a considéré qu'il résultait du considérant 15 du règlement que l'inclusion de l'article 4, paragraphe 5, dans le règlement n° 1049/2001, « s'explique par le fait que ledit règlement n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les législations nationales en matière d'accès aux documents » (20). S'appuyant sur sa lecture de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, le Tribunal a jugé que, dans le cas de l'espèce, « eu égard à l'opposition des autorités italiennes... à la communication au profit de la requérante des documents établis lors de l'examen du régime d'aide en cause, le rejet de la demande

(15) Aff. T-76/02, *Rec.*, 2003, p. II-3203.

(16) *Ibid.*, point 38.

(17) *Ibid.*, point 39.

(18) *Ibid.*, point 40.

(19) *Ibid.*

(20) *Ibid.*, point 41.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

d'accès, en ce qu'elle porte sur lesdits documents, apparaît légalement justifié... » (21).

Dans le deuxième arrêt, rendu le 30 novembre 2004 dans l'affaire *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds gGmbH c. Commission* (22), le Tribunal, également composé de cinq juges constituant la cinquième chambre élargie, a rejeté le recours visant à l'annulation de la décision de la Commission par laquelle celle-ci avait refusé à la requérante, en raison de l'opposition manifestée par la République fédérale d'Allemagne, l'accès aux documents émanant de cette dernière. Les arguments présentés par les parties et les intervenants mettaient en exergue l'essentiel du débat et la profonde divergence quant à l'interprétation des dispositions communautaires pertinentes.

La requérante a soutenu que la faculté de « demander » la non-divulgence des documents émanant d'un État ne donnait à ce dernier que la possibilité d'en « solliciter » de l'institution communautaire la non-communication. Une telle demande devrait être appréciée par l'institution (23). Selon la requérante, l'article 4, paragraphe 5, du règlement ne place pas les États membres dans une « situation privilégiée » (24). Les gouvernements néerlandais et danois, intervenant au soutien des conclusions de la requérante, ont considéré que l'article 4, paragraphe 5, du règlement ne saurait conférer aux États membres un « droit de veto » (25). Le gouvernement néerlandais a, en outre, souligné qu'en principe, tous les documents en possession des institutions communautaires devraient être accessibles au public, et a considéré que la reconnaissance d'un droit de veto en faveur des États

(21) *Ibid.*, points 55 et 56. Comme l'a remarqué M. E. DE LEEUW, « Article 4(5) does not state explicitly that the institutions are obliged to follow the opinion of the Member State. In *Mara Messina* the Commission refused access to documents drawn up by the Italian authorities, because the latter, after having been consulted, objected to disclosure. The Commission felt obliged to refuse access and relied upon Article 4(5). In its judgment, the CFI ruled that the decision of the Commission refusing access was valid. However, it must be stressed that the applicant had not argued that the Commission had violated Article 4(5) by taking the opinion of the Italian authorities as an order to refuse access under that Article. In other words, the Court did not rule explicitly on the question whether the Commission was correct or not to take the objection of the Italian authorities as an order. Nevertheless, this interpretation is supported by the objective underlying this provision. If the opinion of the Member State could be overruled, the objective would not be reached. Moreover, Article 4(5) would be superfluous. Therefore, the Member State possesses a real veto power over access to its documents. In the end the authorship rule has been partly re-introduced. The Member State decides about access to its documents under its own national law. It has been given a real veto power, and its decision refusing access under Article 4(5) need not be based on any national or Community exception [at least not for the application of Article 4(5)] », note de jurisprudence, *Comm. M.L.Rev.*, 2004, vol. 41, p. 261, spéc. pp. 277-278.

(22) Aff. T-168/02, *Rec.*, 2004, p. II-4135.

(23) *Ibid.*, points 31 et 32.

(24) *Ibid.*, point 35.

(25) *Ibid.*, point 33.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

membres porterait une grave atteinte au droit d'accès aux documents et à l'objectif poursuivi par le règlement (26). Le gouvernement suédois, intervenant, lui aussi, du côté de la requérante, a estimé que c'était au détenteur du document qu'il appartenait de décider si ce dernier devait ou non être communiqué (27).

Par ailleurs, la requérante a proposé une lecture de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 qui tient compte des autres dispositions de ce dernier. Ainsi, elle a soutenu que cette disposition ne permettait pas de considérer que l'objection de l'État membre concerné soit la seule circonstance qui devrait être prise en considération par l'institution en décidant sur la divulgation ou la non-divulgation d'un document en sa possession. La consultation des autorités nationales serait engagée conformément au paragraphe 4 de l'article 4 du règlement et devrait permettre à l'institution communautaire d'apprécier elle-même, sans être liée par le point de vue de l'État concerné, si l'une des exceptions matérielles visées par l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement devrait s'appliquer (28). Selon la requérante, seule l'application de ces exceptions (29) qui, en tant que telles et conformément à la jurisprudence du Tribunal et de la Cour, devraient être interprétées restrictivement, permettrait d'exclure ou de restreindre l'exercice du droit d'accès aux documents (30). L'institution détentrice des documents en provenance des États membres devrait apprécier, a soutenu la requérante, si une règle ou une norme supérieure, tel un intérêt public majeur, ne devrait pas la conduire à communiquer le document en cause (31). L'article 4, paragraphe 5, du règlement ne serait qu'une règle de procédure permettant à l'État membre, duquel émane le document concerné, de faire part de son objection à la divulgation de ce dernier (32). La requérante a, en outre, souligné que l'accord préalable de l'État n'est requis, conformément à l'article 9, paragraphe 3, du règlement, que dans le cas de documents sensibles (33). À ce dernier argument, le gouvernement

(26) *Ibid.*, point 35.

(27) *Ibid.*, point 33.

(28) *Ibid.*, points 37 et 38.

(29) La requérante relève que l'article 4, paragraphe 7, du règlement ne vise que les exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, *ibid.*, point 40, et considère que, si « la règle de l'auteur » était introduite « par une voie détournée », des demandeurs de documents détenus par les institutions, mais émanant des États membres, devraient s'adresser directement à ces derniers, solution qui, en raison des divergences des droits nationaux, « conduirait à un résultat chaotique, incohérent et absurde » s'agissant des « documents d'un État membre présentant un intérêt pour le processus décisionnel communautaire », *ibid.*, point 42.

(30) *Ibid.*, point 40.

(31) *Ibid.*, point 39.

(32) *Ibid.*

(33) *Ibid.*, point 34.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

néerlandais a ajouté que, si l'intention du législateur communautaire avait été de consacrer un droit de veto au profit des États membres, il aurait choisi, pour l'article 4, paragraphe 5, une formulation et un libellé similaires à ceux de l'article 9, paragraphe 3, relatif aux documents sensibles (34).

Diamétralement opposée était la thèse défendue par la Commission et par le gouvernement britannique qui l'a soutenue.

Pour la Commission, l'accès aux documents détenus par les institutions, mais émanant des États membres, est régi par une « procédure spécifique », et la rédaction de l'article 4, paragraphe 5, du règlement devait tenir compte de la déclaration n° 35 annexée à l'Acte final au Traité d'Amsterdam, ainsi que du fait que la divulgation des documents étatiques s'effectue conformément au droit national (35). La « situation spécifique » des documents originaires des États membres, – « tiers privilégiés » –, est régie, selon la Commission, non pas par l'article 4, paragraphe 4, mais par la *lex specialis* visée par l'article 4, paragraphe 5, du règlement. Cette disposition, à la différence de l'article 4, paragraphe 3, relève la Commission, ne prévoit aucune mise en balance avec l'intérêt public. L'article 4, paragraphe 5, prétend-elle, reconnaît, expressément, aux États membres le droit de demander que, sans leur accord, leurs documents ne soient pas communiqués. Lorsqu'une telle demande a été présentée, conclut la Commission, le document ne saurait être divulgué sans cet accord (36). Quant à la différence entre la rédaction de l'article 4, paragraphe 5, d'une part, et celle de l'article 9, paragraphe 3, d'autre part, la Commission considère que le fait d'exiger le consentement de l'État, au titre de celui-ci, ne saurait exclure que l'accord de ce dernier soit également requis au titre de celui-là (37). Enfin, selon la Commission, le droit des États membres de s'opposer à la divulgation des documents émanant d'eux ne serait pas destiné à restreindre l'accès à ceux-ci d'une manière absolue, « mais seulement en vertu des règles communautaires » (38). Aussi, estime-t-elle, « cette restriction vise à prendre en compte le statut du document selon la législation et la pratique nationales et à éviter ainsi les disparités entre le système communautaire et les divers systèmes nationaux d'accès aux documents » (39).

(34) *Ibid.*

(35) *Ibid.*, point 43.

(36) *Ibid.*, points 44-46.

(37) *Ibid.*, point 47.

(38) *Ibid.*, point 48.

(39) *Ibid.*

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

Pour sa part, le gouvernement britannique a insisté sur le fait que l'article 4, paragraphe 5, du règlement serait privé de tout effet si l'institution communautaire était en droit de passer outre l'objection soulevée par l'État membre ayant transmis le document et que cette disposition serait ainsi, en substance, intégrée à l'article 4, paragraphe 4(40). Reconnaître à l'institution communautaire le droit de divulguer un document d'un État membre, nonobstant l'opposition de celui-ci, permettrait à cette institution « de tenir en échec toutes les dispositions législatives nationales empêchant la divulgation » (41). En l'absence d'harmonisation des législations nationales en la matière, le droit des institutions communautaires d'écarter l'objection des États membres serait, selon le gouvernement britannique, également contraire au principe de subsidiarité (42).

Les conceptions défendues par la requérante et les gouvernements intervenants qui l'ont soutenue, d'un côté, et par la Commission et le gouvernement britannique, de l'autre côté, quant à la signification et à la portée de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, témoignent d'une irréductible divergence et sont irréconciliables. Le Tribunal a dû trancher.

Dans son arrêt, le Tribunal reproche à la requérante d'avoir présenté une interprétation erronée des dispositions du règlement (43). Rappelant que le droit d'accès aux documents concerne tous les documents en possession des institutions, le Tribunal relève que ces dernières pourraient être amenées à communiquer à des tiers des documents émanant des États membres (44). Il a, ensuite, rappelé qu'antérieurement à l'entrée en vigueur du règlement n° 1049/2001, la règle de l'auteur était appliquée et que, dès lors, « une institution n'était pas habilitée à divulguer les documents émanant d'une large catégorie de tiers, notamment les États membres... » (45). Constatant que cette règle n'a pas été reprise par le règlement, le Tribunal a estimé qu'« en principe, tous les documents détenus par les institutions doivent être accessibles au public » (46). Le Tribunal vise, ensuite, l'article 4, paragraphe 4, du règlement et explique que, hormis l'exception prévue par ce dernier, « la consultation du tiers concerné constitue, en règle générale, une condition préalable pour la détermination de l'application des exceptions à

(40) *Ibid.*, point 49.

(41) *Ibid.*

(42) *Ibid.*

(43) *Ibid.*, point 51.

(44) *Ibid.*, point 52.

(45) *Ibid.*, point 53.

(46) *Ibid.*, point 54.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

l'accès prévues par l'article 4, paragraphes 1^{er} et 2, du règlement dans le cas de documents émanant de tiers » (47). Rejoignant la requérante sur ce point, le Tribunal déclare que l'obligation de consulter les tiers au titre de l'article 4, paragraphe 4, du règlement n'a pas d'incidence sur le pouvoir de l'institution de décider, elle-même, si l'une des exceptions prévues par l'article 4, paragraphes 1^{er} et 2, est d'application (48). En revanche, en ce qui concerne la portée de l'article 4, paragraphe 5, le Tribunal s'écarte de la thèse de la requérante. Le « traitement particulier » des États membres est rappelé, et le Tribunal de souligner que l'article 4, paragraphe 5, a repris les termes de la déclaration n° 35 annexée à l'Acte final du Traité d'Amsterdam relative au droit des États membres de demander qu'un document émanant d'eux ne soit pas, sans leur accord préalable, communiqué à des tiers, et de considérer que « cette faculté reconnue aux États membres par l'article 4, paragraphe 5, du règlement s'explique par le fait que ce règlement n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les législations nationales en matière d'accès aux documents (voir considérant 15 du règlement, et arrêt du Tribunal du 17 septembre 2003, *Messina c. Commission*, T-76/02, points 40 et 41) » (49).

Quant à la portée de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, le Tribunal relève que « l'article 4, paragraphe 5, du règlement, place les États membres dans une situation différente de celle des autres tiers, en énonçant à cet égard une *lex specialis*. Selon cette disposition, l'État membre a la faculté de demander auprès d'une institution de ne pas divulguer un document émanant de lui, et l'institution est obligée de ne pas divulguer le document sans son "accord préalable". Cette obligation, imposée à l'institution, d'obtenir l'accord préalable de l'État membre, consacrée clairement par l'article 4, paragraphe 5, du règlement, risquerait d'être lettre morte si la Commission pouvait décider de divulguer ce document malgré une demande explicite en sens contraire de l'État membre concerné. Dès lors, contrairement à ce que la requérante avance, une demande de l'État membre au titre de cette disposition constitue une injonction à l'institution de ne pas divulguer le document en question » (50).

Le Tribunal a, par ailleurs, précisé que l'État membre n'était pas tenu de motiver sa demande de non-divulgateion et que, dès lors qu'une telle demande avait été formulée, il n'appartenait pas à l'institution

(47) *Ibid.*, point 55.

(48) *Ibid.*, point 56.

(49) *Ibid.*, point 57.

(50) *Ibid.*, point 58.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

communautaire de porter une quelconque appréciation sur la question de savoir si la non-divulgateion était ou non justifiée au regard, notamment, de l'intérêt public (51). Cependant, a-t-il ajouté, si après avoir été saisi par l'institution communautaire l'État membre n'introduisait pas de demande au titre de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, il incomberait à cette institution d'apprécier, en application de l'article 4, paragraphe 4, dudit règlement, s'il y a lieu ou non de communiquer le document en question (52).

Approuvant la position de la Commission à cet égard, le Tribunal déclare que « c'est aux autorités administratives et judiciaires nationales qu'il appartient d'apprécier, en application du droit national, si l'accès aux documents émanant d'un État membre doit être accordé et si le droit de recours des intéressés sera ainsi garanti en application des règles nationales » (53). En outre, le Tribunal affirme, laconiquement, qu'aucun argument ne saurait être tiré des termes de l'article 9, paragraphe 3, du règlement, disposition qui vise une situation spécifique, selon lui sans pertinence pour l'interprétation de l'article 4, paragraphe 5, du règlement (54).

Et le Tribunal de conclure que, dès lors que l'État membre a demandé que des documents émanant de lui ne soient pas divulgués, l'institution communautaire, en refusant, pour ce seul motif, la communication de ces documents, ne saurait être considérée comme ayant méconnu l'article 4, paragraphe 5, du règlement (55), et d'ajouter que la simple indication que l'État, duquel émane le document, a demandé qu'il ne soit pas divulgué, constitue une motivation suffisante pour fonder la décision de refus adoptée par la Commission (56).

(51) *Ibid.*, point 59.

(52) *Ibid.*, point 60.

(53) *Rec.*, 2004, p. II-4135, point 61. À l'égard de cette prise de position, MM. J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT ont considéré que « [c]ette opportune précision, à laquelle le principe de subsidiarité ne semble pas étranger, paraît placer les États membres en position d'"aiguilleur" des demandes d'accès aux documents échangés avec les institutions. En cas d'opposition d'un État membre, un document ne peut être communiqué par l'institution communautaire qui en a été destinataire et les voies de droit communautaires sont fermées. Il ne nous semble pas cependant qu'il faille déduire *a contrario* de cette solution que les voies de droit nationales d'accès aux documents administratifs seraient fermées si la procédure se poursuivait au niveau communautaire, faute pour l'État membre de saisir l'institution communautaire d'une demande en application de l'article 4, paragraphe 5, du règlement. Ladite institution conserverait, en effet, sa marge d'appréciation et pourrait opposer un refus de communication pour d'autres raisons, ce qui ne priverait nullement la personne intéressée de la possibilité de s'adresser en parallèle aux autorités nationales pour accéder aux mêmes documents ». Chron., « Actualité du droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2005, p. 308, spéc. p. 313.

(54) *Rec.*, 2004, p. II-4135, point 62.

(55) *Ibid.*, point 64.

(56) *Ibid.*, point 71.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

Sur la base de ces considérations, les arguments invoqués par la requérante, ainsi que ceux mis en avant par les intervenants qui l'ont soutenue, ont été rejetés par le Tribunal et la requérante, déboutée (57).

Les principes énoncés par le Tribunal paraissaient solidement ancrés. Ils ont amené un requérant découragé qui, avant le prononcé de ce dernier arrêt, avait introduit un recours en annulation contre une décision de refus d'accès motivée par l'opposition de l'État concerné, à estimer, en répondant à une question posée par le Tribunal quant aux conséquences de cet arrêt, que serait considéré « comme manifestement non fondé le recours dans la mesure où il vise à contester le refus d'accès au document en cause et repose sur la violation de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 » et qu'« il est fort probable » que le sort du recours dans l'affaire *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds gGmbH c. Commission* (58) frapperait son propre recours, « dans la mesure où il vise à contester le refus d'accès au document en cause... » (59).

En raison, vraisemblablement, de cette jurisprudence, les trois affaires postérieures introduites devant le Tribunal ont été tranchées par des chambres de trois juges : une par arrêt, les deux autres par ordonnance.

Dans l'arrêt *Isabella Scippacercola c. Commission* (60), prononcé par la troisième chambre du Tribunal le 17 mars 2005, les principes précédemment énoncés ont été réitérés et la solution antérieurement retenue a été confirmée. Donnant effet à l'opposition des autorités grecques quant à la communication des documents par elles transmis à la Commission, cette dernière a informé la requérante qu'en application de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, l'accès aux documents demandés ne saurait être autorisé.

Rappelant que le droit d'accès, au titre du règlement n° 1049/2001, s'applique à tous les documents en possession des institutions communautaires, que celles-ci en soient l'auteur ou seulement le destinataire, et qu'antérieurement à l'entrée en vigueur dudit règlement, en application de ladite « règle de l'auteur », une institution communautaire « n'était pas habilitée à divulguer les documents émanant d'une large catégorie de tiers, notamment d'un État membre, et que le demandeur d'accès aux

(57) À ce sujet, voy., p. ex., L. COUDRAY, « La transparence et l'accès aux documents », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 517, spéc. pp. 530-531.

(58) Aff. T-168/02, précitée.

(59) Aff. T-151/03, *Nuova Agricast SRL c. Commission, Rec.*, 2005, p. II-1967, points 20 et 21. Le Tribunal a déclaré le recours, pour d'autres raisons, sans objet et l'a rejeté.

(60) Aff. T-187/03, *Rec.*, 2005, p. II-1029.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

documents était obligé, le cas échéant, d'adresser sa demande directement au tiers en question », le Tribunal a relevé que « la règle de l'auteur n'a pas été reprise dans le règlement n° 1049/2001, lequel affirme que, en principe, tous les documents des institutions doivent être accessibles au public » (61).

Reprenant l'essentiel de la motivation de l'arrêt *Mara Messina* (62), relative au « traitement particulier » réservé aux États membres par l'article 4, paragraphe 5, du règlement (63), et évoquant les termes de la déclaration n° 35 annexée au Traité d'Amsterdam et ceux du considérant 15 du règlement n° 1049/2001 (64), le Tribunal a considéré qu'il s'agissait de savoir « si, en prévoyant qu'un État membre peut demander à une institution de ne pas divulguer un document émanant de lui sans son accord préalable, l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 confère un droit de veto à cet État ou s'il laisse une marge d'appréciation à l'institution » (65). Soulignant qu'en vertu dudit règlement, « en principe, tous les documents des institutions doivent être accessibles au public » (66), le Tribunal a rappelé l'obligation, conformément à l'article 4, paragraphe 4, du règlement, de consulter les tiers desquels émanent des documents détenus par les institutions (67), en précisant que cette obligation de consultation n'affectait pas le pouvoir de l'institution de décider si l'une des exceptions prévues par l'article 4, paragraphes 1^{er} et 2, du règlement était d'application (68). Le « traitement particulier » des États membres ayant été rappelé encore une fois (69), le Tribunal a déclaré que « l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 place ainsi les États membres dans une situation différente de celle des autres tiers, en énonçant à cet égard une *lex specialis*. Il découle de cette disposition que l'État membre a la faculté de demander, soit au moment du dépôt d'un document, soit ultérieurement, à une institution de ne pas divulguer un document émanant de lui sans son accord préalable. Au cas où l'État membre a fait une telle demande, l'institution est tenue de demander l'accord préalable de l'État membre avant de divulguer le document. Cette obligation, imposée à l'institution, de demander l'accord préalable de l'État membre, consacrée clai-

(61) *Ibid.*, points 31 à 33.

(62) Aff. T-76/02, *Rec.*, 2003, p. II-3203, précitée.

(63) Aff. T-187/03, *Rec.*, 2005, p. II-1029, précitée, point 34.

(64) *Ibid.*

(65) *Ibid.*, point 52.

(66) *Ibid.*, point 53.

(67) *Ibid.*, point 54.

(68) *Ibid.*, point 55.

(69) *Ibid.*, point 56.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

rement par cette disposition, serait privée de toute portée si l'institution pouvait décider de divulguer ce document malgré une demande explicite en sens contraire de l'État membre concerné. En effet, si l'institution était en droit de divulguer le document en dépit de la demande de l'État membre de ne pas donner accès audit document, la situation de l'État membre ne serait pas différente de celle des tiers ordinaires. Dès lors... une telle demande de l'État membre oblige l'institution à ne pas divulguer le document en question » (70).

Et le Tribunal d'ajouter que l'État, se prévalant de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, n'est pas tenu de motiver sa demande et que, lorsqu'une telle demande lui est présentée, l'institution n'a pas à examiner si le refus d'accès est justifié au regard, notamment, de l'intérêt public (71). Pour le Tribunal, dès lors qu'un État membre a présenté une demande au titre de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, ce sont les dispositions nationales relatives au droit d'accès aux documents et aux voies juridictionnelles contre les décisions de refus qui trouvent à s'appliquer (72).

Sur la base de l'ensemble de ces considérations, le Tribunal a jugé qu'« en vertu de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001, lorsqu'un État membre demande à une institution de ne pas divulguer, sans son accord préalable, un document émanant de lui, l'institution est liée par cette demande » (73).

Le Tribunal a, par ailleurs, précisé que, puisque l'institution communautaire était liée par la demande de l'État membre, elle n'était tenue ni de motiver sa décision de refus par une raison autre que celle tenant à l'opposition manifestée par l'État concerné, ni de porter sa propre appréciation sur les raisons avancées par ce dernier (74), d'autant que l'article 4, paragraphe 5, du règlement n'oblige pas les États membres à motiver les demandes présentées au titre de cette disposition (75). En outre, dès lors que l'État a exprimé sa totale opposition à la divulgation d'un document intégral, l'institution est liée par cette position et ne saurait autoriser un accès partiel, même si les raisons du refus d'un tel accès ne sont qu'implicitement contenues dans la demande de l'État (76).

(70) *Ibid.*, point 57.

(71) *Ibid.*, point 58.

(72) *Ibid.*, point 60.

(73) *Ibid.*, point 62.

(74) *Ibid.*, points 67, 68 et 69.

(75) *Ibid.*, point 70.

(76) *Ibid.*, point 77.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

Bien que l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *IFAW* (77) fût rendu antérieurement au prononcé de l'arrêt *Isabella Scippacercola* (78), aucune référence n'y est faite. Peut-être est-ce en raison de la circonstance que la procédure dans cette dernière espèce a été clôturée le 9 septembre 2004, presque trois mois avant le prononcé de l'arrêt *IFAW* (79), de sorte que les parties n'avaient pas eu l'occasion de présenter leurs observations sur la portée de ce dernier.

N'attendant pas la décision de la Cour sur le pourvoi formé le 10 février 2005 par le gouvernement suédois contre l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *IFAW* (80), dans lequel cinq gouvernements sont intervenus, le Tribunal a rendu, le 8 juin 2005, deux ordonnances dans lesquelles il a appliqué les principes dégagés par sa jurisprudence antérieure (81). Ayant, cette fois, interrogé les parties sur la portée de cet arrêt, et s'estimant « suffisamment éclairé par les pièces du dossier » (82), le Tribunal a décidé, ainsi que le lui permet son règlement de procédure dans le cas d'un recours manifestement dépourvu de tout fondement en droit (83), de se prononcer par voie d'ordonnance. Reprenant la motivation des arrêts par lui précédemment rendus, le Tribunal a jugé que « la Commission, destinataire de la demande d'accès, ne dispose... d'aucune marge d'appréciation et est obligée de refuser l'accès aux documents relevant de l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001, lorsque la preuve des circonstances y visées est apportée » (84).

Ainsi, en raison des principes consacrés par le Tribunal, des documents émanant des États membres et détenus par les institutions communautaires ne pouvaient, par ces dernières, être divulgués qu'avec l'assentiment de ces États qui, de surcroît, n'étaient pas tenus de motiver leur refus de l'accorder. À la seule condition qu'ils demandent que l'article 4, paragraphe 5, du règlement soit appliqué, les États membres se sont vu reconnaître, par le Tribunal, le droit d'empêcher la divulgation des documents par eux transmis aux institutions communautaires. Cette position a été largement critiquée par la doctrine.

(77) Aff. T-168/02, précitée.

(78) Aff. T-187/03, *Rec.*, 2005, p. II-1029, précitée.

(79) Aff. T-168/02, *Rec.*, 2004, p. II-4135, précitée.

(80) Aff. T-168/02, précitée.

(81) Aff. T-139/03, *Nuova Agricast SRL c. Commission* (non publiée au *Rec.*) ; aff. T-287/03, *Società imballaggi metallici Salerno (S.I.M.S.A) c. Commission* (non publiée au *Rec.*).

(82) Aff. T-139/03, *Nuova Agricast SRL c. Commission*, précitée, point 29 ; aff. T-287/03, *Società imballaggi metallici Salerno (S.I.M.S.A) c. Commission*, précitée, point 20.

(83) Article 111 du règlement de procédure du Tribunal.

(84) Aff. T-139/03, précitée, point 40 ; aff. T-287/03, précitée, point 31.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

B. – La jurisprudence du Tribunal reconnaissant
aux États membres le droit d'empêcher la divulgation
des documents émanant d'eux et détenus par les institutions
communautaires a été largement critiquée par la doctrine

La doctrine a, dans l'ensemble, réservé un accueil hostile à la jurisprudence du Tribunal (85). Ainsi, un auteur a soutenu que « *it is impossible to interpret Article 4(5) to the effect that Member States have a veto over release of a document. This would contradict the obvious meaning of the word "request", as confirmed by the clear distinction between the wording of Article 4(5) and Article 9(3), which expressly prohibits release of a "sensitive" document without the originator's consent. If the drafters of the Regulation had intended to give Member States a veto over release of their documents, they could simply have adapted the wording of Article 9(3) in Article 4(5) to make this intention expressly clear. So regardless of a Member State's request, decisions on release can only be taken by the institutions, and refusal to disclose can only be justified by reference to Article 4(1) to (3)* » (86).

D'autres auteurs considèrent que « *the main lesson to be drawn from IFAW v. Commission is that, under Regulation n° 1049/2001, non-disclosure of a document authored by a Member State is triggered by the sole fact of the existence of a request to that effect under Article 4(5) of the Regulation by the Member State concerned. In this sense, the provision concerned lays down an automatic and unqualified exception to the principle of access* » (87). Ces mêmes

(85) Cependant, B. DRIESSEN, dans un article intitulé « Access to member state documents in EC law: a comment », paru in *E.L. Rev.*, 2006, vol. 31, p. 906, approuve la solution retenue par la jurisprudence du Tribunal.

(86) S. PEERS, « The new regulation on access to documents: a critical analysis », *Yearbook of European Law*, 2002, vol. 21, p. 385, spéc. p. 407.

(87) J. HELISKOVSKI et P. LEINO, « Darkness at the break of noon: the case law on Regulation N° 1049/2001 on access to documents », *Comm. M.L.Rev.*, 2006, vol. 43, p. 735, spéc. p. 776. Et ces auteurs remarquent : « *Indeed, insofar as concerns Member States' documents, the only difference to the "pre-Regulation" "authorship rule" appears to be that while the Code of Conduct required the application to be sent directly to the Member State in question, under the Regulation the application may be sent to an institution, it then being incumbent on the later to consult the Member State concerned. However, since the Council and the Commission had already under the Code developed a practice of transmitting the applications to the relevant third parties, including the Member States, the change introduced by Regulation N° 1049/2001, insofar as it concerns Member States' documents, remains rather small for any practical purposes* », *ibid.* Cette dernière remarque pourrait, utilement, être lue à la lumière de la constatation, par un autre auteur, que « *one of the most important reforms included in Regulation 1049/2001 was the abolition of the authorship rule, which had been laid down in the old internal rules* ». Voy. H. R. KRANENBORG, « Is it time to revise the European regulation on public access to documents? », *European Public Law*, 2006, vol. 12, p. 251, spéc. p. 262. Et

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

auteurs remarquent que « *the Court has adopted an interpretation of Article 4(5) of the Regulation that is bound to ensure that no document originating with a Member State is ever going to be accessible to the public against the will, however arbitrary, of the Member State concerned. Again, the Court – which once proclaimed that any derogation from the general principle of openness should be strictly interpreted – has chosen this path irrespective of the fact that neither the wording nor the spirit of the Regulation by any means necessitated such a choice* » (88). Enfin, ces auteurs soulignent que « *the CFI has, in this context, further limited the duty of an institution to give substantive reasons for its decision to refuse access to a document. A purely formal consideration – that is, a request from a Member State to the institution not to release the document – is, in the view of the Court, sufficient to justify the institution's decision* » (89).

La jurisprudence du Tribunal, remarque un autre auteur, consacre « *the absolute ability of a Member State to ban access to any document held by EU institutions under the current access regime* » (90). Selon elle, les arrêts rendus par le Tribunal ont établi le principe selon lequel « *a Member State's refusal under Article 4(5) is an absolute ban that does not permit any further consideration of a countervailing interest* » (91). La position du Tribunal « *is based in part on an assumption of implicit differences in Member State access laws from that of the EU regime, including the possibility of no right of access, as well as the perceived legislative intent that neither the Treaty Article 255 nor the access framework of implementing it would require Member States to change their laws. Both appear in contrast to what seem to be the criteria for and the consequences of a general principle of EU law* » (92).

un autre auteur a considéré que, bien que le Tribunal ait déclaré que la règle de l'auteur ne figure pas dans le règlement n° 1049/2001, l'exception de l'article 4, paragraphe 5, relative aux documents émanant des États membres est si large « *as to make the Court's assertion essentially one of form over substance* ». Voy. A. FLANAGAN, « EU Freedom of Information: determining where the interest lies », *European Public Law*, 2007, vol. 13, p. 595, spéc. p. 608, note 79. Voy., aussi, les conclusions de l'avocat général POIARES MADURO sous l'arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission*, précité, selon lequel « l'une des avancées les plus significatives par rapport à l'état du droit antérieur réalisée par ledit règlement consiste dans l'abandon de la règle de l'auteur », *ibid.*, point 44.

(88) J. HELISKOVSKI et P. LEINO, « Darkness at the break of noon: the case law on Regulation N° 1049/2001 on access to documents », *loc. cit.*, pp. 778-779.

(89) *Ibid.*, p. 779.

(90) A. FLANAGAN, « EU freedom of information: determining where the interest lies », *European Public Law*, 2007, vol. 13, p. 595, spéc. p. 597.

(91) *Ibid.*, p. 610.

(92) *Ibid.*, p. 597.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

Considérant qu'en vertu de l'article 4, paragraphe 5, du règlement, les États membres détiennent un droit de veto quant à la divulgation des documents émanant d'eux et que, pour cette raison, la jurisprudence du Tribunal ne saurait être critiquée, un auteur est d'avis, toutefois, que le Tribunal aurait dû avoir égard à la cohérence de l'ensemble du système communautaire d'accès aux documents. Cette jurisprudence, écrit-il, consacre l'article 4, paragraphe 5, « *not as an additional ground of exception, alongside those provided for in Articles 4(2) to (3) of the Regulation, but rather as an absolute derogation to the application of EC rules on public access, along the lines of the authorship rule provided for in the Code of Conduct* » (93). Et l'auteur de poursuivre : « *This unlimited discretion recognised to Member States as regards the conditions of disclosure of documents they have communicated to the institutions disrupts the entire logic on which the Regulation rests : that the public shall have the widest possible access to the documents held by the institutions with only limited exceptions in the public or private interest, a principle which must apply as well to the documents received from third parties including the Member States* » (94). Il constate que, « *in practice, all that a Member State has to do to effectively prevent disclosure of such documents is make a simple request to the recipient institution which will then be obliged to comply. The Member State does not, when making such a request, even have to rely on any of the interests protected under the exceptions to the right of access to documents laid down in Articles 4(1) and (2) of the Regulation or on any other consideration worthy of protection under national law. Nor does it have to state the reasons for the requests, which furthermore, according to Mara Messina, does not even have to be explicit. In addition, simple reference to the request by the recipient institution constitutes a sufficient statement of reasons for the latter to be allowed to justify non-disclosure* » (95).

(93) P. CABRAL, « Access to member state documents in EC law », *E.L. Rev.*, 2006, vol. 31, p. 378, spéc. p. 385.

(94) *Ibid.*

(95) *Ibid.*, p. 386. Puisque, selon l'auteur, une interprétation littérale de l'article 4, paragraphe 5, du règlement « *seriously endangers the application of the fundamental principle of ensuring widest possible access to the documents held by the institutions on which the Regulation rests, the CFI could, if it is submitted, have applied the same type of teleological reasoning in its rulings in IFAW and Scippacercola. Indeed, although it is accepted that it is not for the Community judicature to correct the legislator's flaws, it does not seem unreasonable to argue that, where – as it is the case here – the derogations provided for by the legislature to the fundamental principle on which a legal instrument rests are framed in such broad terms that they may lead to emptying that fundamental principle of part of its substance, it is the role of the Community courts to do everything within their power to prevent this. Thus, it is thought that, having in mind all the negative implications of*

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

La jurisprudence du Tribunal, à plusieurs égards contestable, s'est révélée, à la fois, vulnérable et éphémère. Dès que l'occasion lui en a été donnée, la Cour de justice s'est penchée sur la question de l'étendue et de la portée de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 et, sans pour autant dépouiller les États membres de certains privilèges, a sévèrement censuré l'essentiel du raisonnement tenu par le Tribunal.

II. – LE DROIT D'EMPÊCHER EST CIRCONSCRIT
PAR LA COUR DE JUSTICE

Le pourvoi en cassation formé par le royaume de Suède à l'encontre de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds gGmbH c. Commission* (96) a permis à la Cour, éclairée par les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro, même si elle n'a pas entériné toutes ses propositions, de revoir l'ensemble de la question relative à la portée et à l'application de l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001. En désavouant, catégoriquement, les motifs essentiels de la jurisprudence du Tribunal, la Cour a rendu cette dernière caduque et l'a remplacée par un régime à certains égards hybride qui, tout en étant plus congru et plus conforme à l'objectif poursuivi par l'article 255 du Traité CE (actuellement, après modification, article 15,

*reading Article 4(5) as granting the Member States a power of veto... the CFI could, despite the seemingly unambiguous formulation of this provision, have set aside that reading in favour of a teleological interpretation which would take into due account the objectives and spirit of Regulation 1049/2001 as well as, on a more general level, the overarching principle of openness laid down in Article 1 of the TEU », *ibid.*, p. 387. Et l'auteur préconise une lecture de l'article 4, paragraphe 5, du règlement qui permette à l'institution communautaire de passer outre à l'objection de l'État membre quant à la divulgation des documents émanant de lui. Une telle lecture serait justifiée par le principe selon lequel les exceptions à l'application d'une règle devraient être interprétées restrictivement et par la différence entre la rédaction de l'article 9, paragraphe 3, du règlement et celle de l'article 4, paragraphe 5. « This, it is argued, would notably ensure that only the protection of the specific interests mentioned in Article 4(1) to (3) of the Regulation can justify non-disclosure and that all decisions totally or partially refusing access to documents held by the institutions are properly reasoned, thus allowing an effective control of the Member States' discretion by European citizens and the Community judicature », *ibid.*, pp. 387-388. Les raisons tirées par le Tribunal du considérant 15 du règlement ne paraissent pas, à l'auteur, convaincantes, dans la mesure où les États membres sont tenus de respecter l'obligation de coopération loyale avec les institutions communautaires. De même, nier aux États membres le droit de veto ne rendrait pas « lettre morte » l'article 4, paragraphe 5, du règlement, puisque, contrairement aux autres tiers, les États membres ont toujours le droit de faire connaître leur position à l'institution communautaire et que les institutions communautaires doivent toujours consulter les États membres et non pas seulement, comme il en est le cas des autres tiers, lorsqu'il n'apparaît pas clairement si le document devrait ou ne devrait pas être divulgué. *Ibid.*, p. 388. Voy., également, du même auteur, l'article intitulé : « Transparency left in the shadows: Article 4(5) of Regulation 1049/2001 on access to documents grants the Member States a power of veto », *European Current Law Yearbook*, 2006, p. xvii. (96) Aff. T-168/02, précitée.*

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

paragraphe 3, du TFUE) et aux principes énoncés par le règlement n° 1049/2001, comporte certaines ambiguïtés.

A. – L'avocat général rejette partiellement le raisonnement du Tribunal et réproouve totalement la solution retenue

L'avocat général Poiaras Maduro considère que le droit d'accès aux documents détenus par les institutions constitue « un droit fondamental de valeur constitutionnelle » (97) et que c'est à l'aune du caractère de ce dernier, et eu égard au « contexte juridique marqué par la lente mais inexorable montée en puissance en droit communautaire de l'exigence de transparence en général et du droit d'accès aux documents des institutions en particulier » (98), que l'article 4, paragraphe 5, devrait être interprété. Cependant, constate l'avocat général, la lettre de l'article 4, paragraphe 5, étant empreinte d'ambiguïté (99) et affectée « d'une équivoque irréductible » (100), son interprétation littérale ne permettrait pas d'y trouver une « réponse incontestable » (101). Aussi, l'avocat général propose-t-il de tenter d'élucider le sens de cette disposition par le biais d'une interprétation systématique et téléologique « en la restituant dans le contexte normatif d'ensemble dans lequel elle s'insère et en faisant appel aux objectifs de la réglementation dont elle fait partie » (102).

Soulignant l'« ascension normative du droit d'accès » décuplée « d'une promotion matérielle » (103), M. Poiaras Maduro a considéré que « reconnaître aux États membres... un droit de veto inconditionnel sur la divulgation par les institutions de documents qu'ils leur ont transmis, reviendrait à réintroduire, au moins partiellement, de manière détournée ladite règle de l'auteur. Pareille interprétation ne me paraît compatible ni avec l'objet ni avec la finalité du règlement » (104). Afin de donner un effet utile à l'article 4, paragraphe 5, il suffirait, estime l'avocat général, que cette disposition soit comprise comme imposant à l'institution communautaire, à laquelle l'État concerné a fait connaître sa demande, d'obligatoirement consulter ce dernier quant à la divulgation de documents émanant de lui. Étant ainsi assuré d'être

(97) Conclusions sous l'arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission, Rec.*, 2007, p. I-11389, point 42 ; « un véritable droit subjectif octroyé à l'individu », *ibid.*, point 40, un « droit fondamental d'accès aux documents », *ibid.*, points 40, 42 et 53.

(98) *Ibid.*, point 37.

(99) *Ibid.*, point 35.

(100) *Ibid.*, point 36.

(101) *Ibid.*, point 37.

(102) *Ibid.*

(103) *Ibid.*, point 40.

(104) *Ibid.*, point 44.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

en mesure d'exposer à l'institution communautaire les raisons de son opposition, l'État membre se trouverait dans une « position privilégiée » par rapport aux autres tiers qui ne seraient consultés que s'il n'était pas clair que la divulgation devrait ou ne devrait pas être admise. Et l'avocat général de résumer la solution par lui préconisée : « soit l'État membre dont émane le document sollicité ne fait pas de demande au titre de l'article 4, paragraphe 5, et il ne sera consulté par l'institution détentrice du document, en vertu de l'article 4, paragraphe 4, et à l'instar des autres tiers, que s'il n'est pas clair que ledit document doit ou non être communiqué ; soit il formule une telle demande et sa consultation préalable par l'institution s'impose en tout état de cause » (105).

Selon l'avocat général, la demande présentée par l'État au titre de l'article 4, paragraphe 5, devrait être motivée par des raisons d'intérêt public ou privé qui pourraient être tirées du droit national et qui ne seraient, dès lors, pas limitées aux exceptions énoncées à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement (106). Si l'institution communautaire ne saurait revenir sur l'appréciation portée par l'État membre quant à l'exigence de protection d'un intérêt public ou privé prévu par le droit national (107), elle pourrait, néanmoins, passer outre à la demande de l'État si, tout en ayant égard à l'intégrité du droit national, elle estimait que la transparence du processus décisionnel communautaire, compte tenu de l'effectivité du principe de démocratie et de l'exigence de congruence structurelle, le commandait (108).

M. Poyares Maduro considère qu'« un document transmis par une autorité nationale à une institution est, à partir de ce moment, exclusivement soumis au droit communautaire et sous la responsabilité de cette institution » (109) et que « le droit applicable à une demande d'accès et l'autorité compétente pour décider de sa divulgation dépendent non pas de l'origine du document, de la qualité de son auteur, mais de l'identité de son dépositaire ou, plus exactement, de la qualité de l'organe à qui la demande d'accès est adressée » (110).

(105) *Ibid.*, point 48.

(106) *Ibid.*, points 49 et 50. Dans son intervention, le gouvernement finlandais a également soutenu que, pour s'opposer à la divulgation, l'État membre concerné devrait pouvoir invoquer, outre les exceptions visées à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement n° 1049/2001, des raisons tirées du droit national, d'autres dispositions communautaires plus spécifiques en matière d'accès aux documents ou de conventions internationales. Aff. C-64/05 P, précitée, point 37.

(107) Conclusions sous l'arrêt C-64/05 P, précité, point 52.

(108) *Ibid.*, points 53 et 54.

(109) *Ibid.*, point 46.

(110) *Ibid.*

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

Et l'avocat général de conclure qu'« en définitive, ce sera... à l'institution détentrice du document qu'il incombera de statuer sur la demande d'accès sans être tenue par l'avis donné par l'État membre dont émane l'acte » (111) et que « la reconnaissance d'un droit de dernier mot ainsi encadré à l'institution détentrice d'un document émanant d'un État membre sur la demande d'accès qui lui est adressée me paraît seule s'accorder avec la nature de droit fondamental du droit d'accès aux documents des institutions » (112).

Ainsi, selon l'avocat général Poiares Maduro, afin d'être en mesure d'exprimer son désaccord à la divulgation d'un document détenu par une institution communautaire et émanant d'un État membre, ce dernier devrait s'adresser, à cette fin, à l'institution concernée, motiver son objection et, pour ce, pourrait invoquer des raisons tirées aussi bien du droit communautaire que du droit national. Toutefois, l'institution communautaire devrait pouvoir aller à l'encontre de l'objection étatique si elle estimait que l'impératif de transparence du processus décisionnel communautaire le justifiait. En d'autres termes, les États dont émanent les documents auraient le droit de demander à subordonner la divulgation de ces derniers à leur accord, mais leur opposition à la divulgation de ces documents ne serait pas contraignante pour l'institution communautaire qui les détient.

Ainsi, si l'avocat général désapprouve la position du Tribunal selon laquelle l'État membre ne serait pas tenu de motiver son objection à la divulgation, il accepte, cependant, qu'une telle motivation puisse être fondée sur le droit national. Mais M. Poiares Maduro s'est départi radicalement de la solution accordant le dernier mot aux États membres. L'institution communautaire ne saurait s'abriter derrière l'objection étatique.

En présence des arguments invoqués par les parties au pourvoi et par les cinq gouvernements intervenants, et bénéficiant de l'analyse de l'avocat général, la Cour devait se prononcer sur les principes dégagés par la jurisprudence du Tribunal.

(111) *Ibid.*, point 51.

(112) *Ibid.*, point 55.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

B. – La Cour de justice perce le voile jeté sur les documents détenus par les institutions communautaires émanant des États membres et encadre l'exercice par ces derniers du droit d'empêcher leur divulgation

L'importance de l'enjeu de l'affaire n'a pas échappé à la Cour et est attestée par le fait que c'est à la Grande Chambre que l'affaire a été assignée et qu'ainsi, c'est celle-ci qui a dû se prononcer sur les questions soulevées par le pourvoi.

Par son arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission*, rendu le 18 décembre 2007 (113), la Cour a d'abord cherché à établir si, dans le cas où la demande d'accès présentée à l'institution communautaire portait sur un document émanant d'un État membre, l'accord préalable de ce dernier pour sa divulgation devrait, en toutes circonstances, être sollicité et obtenu (1^o). Elle a, ensuite, établi la portée de l'accord préalable visé à l'article 4, paragraphe 5, du règlement et les conditions que la manifestation du désaccord devrait satisfaire (2^o). Enfin, elle a défini les implications procédurales de sa conception du processus décisionnel en matière d'accès aux documents émanant des États membres détenus par les institutions communautaires (3^o).

1^o La Cour considère que l'article 4, paragraphe 5, du règlement « n'érige pas l'accord préalable de l'État membre en condition absolue de la divulgation d'un document, mais il subordonne la nécessité éventuelle d'un tel accord à une manifestation antérieure de volonté en ce sens de l'État membre concerné » (114). En d'autres termes, la divulgation des documents provenant d'un État membre est subordonnée à l'accord de ce dernier, pour autant qu'il l'ait demandé. Cette solution est étayée, selon la Cour, par plusieurs considérations. À l'instar du Tribunal, la Cour reconnaît que les États membres se trouvent placés par l'article 4, paragraphe 5, « dans une situation différente » de celle des autres tiers (115). Cette différence consiste en ce que les États membres ont la faculté de s'adresser à l'institution communautaire et de demander qu'un document émanant d'eux ne soit pas divulgué sans leur accord préalable (116). La Cour approuve également le Tribunal qui avait considéré que l'exigence d'accord préalable serait « lettre morte »

(113) *Rec.*, 2007, p. I-11389. On peut noter qu'outre l'IFAW, partie requérante en première instance, les gouvernements finlandais, danois et néerlandais sont intervenus au soutien des conclusions du gouvernement suédois, alors que les gouvernements britannique et espagnol sont intervenus du côté de la Commission.

(114) À la différence de l'article 9, paragraphe 3, du règlement. *Ibid.*, point 47.

(115) *Ibid.*, point 43.

(116) *Ibid.*

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

et que l'article 4, paragraphe 5, serait dépourvu de tout effet utile, voire de toute signification, si la nécessité d'obtenir l'assentiment étatique dépendait de la volonté discrétionnaire de l'institution communautaire et si, en l'absence de tout accord de la part de l'État membre concerné, et en présence de l'opposition manifestée par ce dernier, la divulgation pouvait, néanmoins, être décidée par l'institution elle-même (117).

Pour la Cour, le terme « accord », ayant une signification juridique différente de celle d'« avis », l'article 4, paragraphe 5, ne saurait être interprété comme ne conférant à l'État membre, qui s'est prévalu de cette disposition, qu'un simple droit à être consulté tout en laissant à l'institution communautaire le soin de décider si, nonobstant l'opposition de l'État, l'accès au document devrait être accordé (118). Le fait que l'article 4, paragraphe 5, dispose que l'État « peut demander », implique, selon la Cour, en suivant le Tribunal, que seul « l'exercice effectif », dans un cas déterminé, de la faculté ouverte par cette disposition au profit de l'État membre ferait de l'obtention de l'accord préalable une condition nécessaire pour la divulgation (119). En l'absence d'une demande formulée au titre de l'article 4, paragraphe 5, du règlement par l'État membre dont émane le document, cet État, comme tout autre tiers, ne devrait être consulté, conformément à l'article 4, paragraphe 4, du règlement, que s'il n'apparaissait pas clairement que le document devrait ou ne devrait pas être divulgué (120). En d'autres termes, dans l'hypothèse où la consultation de la personne ou de l'entité ayant transmis le document ne serait pas requise au titre de l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 1049/2001, l'État membre duquel émane l'acte détenu par l'institution communautaire ne devrait être invité à donner son assentiment à la divulgation que s'il s'était adressé, à cette fin, à l'institution communautaire en vertu de l'article 4, paragraphe 5, dudit règlement.

À ce stade de son raisonnement et sur la base de ces considérations, la Cour déclare : « ... dès lors qu'un État membre a exercé la faculté qui lui est ouverte par l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 de demander qu'un document spécifique, émanant de cet État, ne soit pas divulgué sans son accord préalable, la divulgation de ce document par l'institution nécessite, ainsi que l'a jugé à bon droit le Tribunal au

(117) *Ibid.*, point 44.

(118) *Ibid.*, point 45.

(119) *Ibid.*

(120) *Ibid.*, point 46. La Cour rejette tout parallélisme avec et toute pertinence de l'article 5 du règlement selon lequel l'État membre détenant des documents émanant des institutions communautaires doit consulter ces dernières lorsqu'il n'est pas clair que le document doit ou ne doit pas être communiqué.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

point 58 de l'arrêt attaqué, l'obtention préalable d'un accord dudit État membre » (121).

À l'égard de cette prise de position, deux remarques peuvent être formulées.

En premier lieu, ayant décidé qu'il était clair que la divulgation d'un document en provenance d'un État membre ne devait pas être autorisée, l'institution communautaire ne devrait consulter ce dernier, ni en vertu de l'article 4, paragraphe 4, du règlement n° 1049/2001 ni, même si l'État membre en avait formulé la demande, en vertu de l'article 4, paragraphe 5, dudit règlement (122). Le droit conféré à l'État membre par ce dernier est, ainsi, considéré comme étant celui de subordonner à son accord préalable la divulgation du document, et non pas celui de s'exprimer sur la décision de non-divulgation indépendamment prise par l'institution communautaire (123). Cette lecture réductrice de l'article 4, paragraphe 5, du règlement pourrait déboucher sur une anomalie. En effet, il se pourrait que, s'il était consulté, sur la base soit du paragraphe 4, soit du paragraphe 5 de l'article 4 du règlement n° 1049/2001, l'État membre concerné n'aurait pas soulevé d'objection et aurait donné son accord à la divulgation de son document (124). Ainsi, il apparaît que, dans cette hypothèse, la non-divulgation serait décidée par la seule institution communautaire détentrice du document, l'accord virtuel de l'État en faveur de la divulgation aurait été redondant et sans aucune conséquence. Ceci d'autant que c'est l'application des seules exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement qui pourrait justifier la non-divulgation. La portée de celles-ci serait unilatéralement déterminée par l'institution communautaire, sous l'éventuel contrôle de la juridiction communautaire, sans chercher à connaître l'avis de l'État concerné qui pourrait être contraire à la position de l'institution.

(121) *Ibid.*, point 50.

(122) *Ibid.*, point 68. Dans son arrêt du 19 janvier 2010 dans les aff. jtes T-355/04 et T-446/04, *Co-Frutta Soc. coop. c. Commission*, *Rec.*, 2010, p. II-1, au point 92, le Tribunal soulève, mais ne tranche pas la question de savoir si la consultation des États membres dans de telles circonstances devrait être considérée comme illégale.

(123) C'est ce que la Cour semble viser au point 76 de l'arrêt lorsqu'elle déclare que l'accord préalable au titre de l'article 4, paragraphe 5, du règlement « s'apparente... à une forme d'avis conforme quant à l'absence de motifs d'exception tirés des paragraphes 1^{er} à 3 ».

(124) P. LEINO relève que « *the institution might refuse to disclose a document originating from a Member State even though the Member State itself would not object to disclosure* ». Note sous l'arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission*, *Comm. M.L.Rev.*, 2008, vol. 45, p. 1469, spéc. p. 1483. Dans son arrêt *Co-Frutta Soc. coop.*, précité, au point 148, le Tribunal a considéré que, nonobstant l'absence d'objections de la part des États membres, la Commission était en droit de refuser la divulgation des documents émanant d'eux en invoquant « de façon autonome » l'une des exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement n° 1049/2001.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

En second lieu, s'il était clair, pour l'institution communautaire, qu'un document émanant d'un État membre, par elle détenu, devrait être divulgué, elle ne devrait pas consulter l'État membre au titre de l'article 4, paragraphe 4, du règlement. Elle devrait, cependant, obtenir l'accord dudit État si ce dernier avait formulé une demande au titre de l'article 4, paragraphe 5, du règlement. L'objection à la divulgation, de la part de l'État membre, qui ne saurait être fondée que sur les exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement, refléterait l'existence d'un désaccord entre l'État membre et l'institution communautaire quant à la portée de ces exceptions. Dans un tel cas, il importe de savoir si l'institution communautaire dispose d'un certain pouvoir d'appréciation quant au bien-fondé des raisons mises en avant par l'État membre concerné, et si elle pourrait aller à l'encontre de l'opposition de ce dernier (125).

2^o Admettant la possibilité pour les États membres de conserver « une certaine maîtrise » (126) sur la décision de divulguer des documents provenant d'eux, la Cour rappelle la raison d'être et les caractères du droit d'accès, avant d'exposer plusieurs séries de considérations afin d'expliquer la solution à laquelle elle est parvenue. Si la Cour consacre la plus large partie de son arrêt à étayer sa position, c'est, vraisemblablement, en raison du fait que la thèse du Tribunal, reconnaissant aux États membres le droit de s'opposer, sans motivation, à la divulgation de leurs documents, est par elle récusée et sans appel repudiée.

Ayant relevé que l'article 255, paragraphe 2, du Traité CE (actuellement, après modification, article 15, paragraphe 3, alinéa 2, du TFUE) se réfère à l'existence de raisons d'intérêt public ou privé susceptibles de restreindre le droit d'accès aux documents (127), et évoquant divers considérants du règlement n° 1049/2001 envisageant « le plus large effet possible » du droit d'accès dans le but d'améliorer la transparence du processus décisionnel communautaire, « une telle transparence permettant notamment de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens

(125) À cet égard, Päivi LEINO écrit : « ... the ECJ does not specify what happens if, in the rare case, following the dialogue, the Member State and the institution fail to agree on the outcome ; in other words, if the Member State opposes the disclosure of a document that, in the analysis of the institution itself, does not fall under the exceptions provided by the Regulation... Since the jury is formally still out on that question, it would be possible to argue that in case the institution finds the reasoning of the Member State to be incorrect, it could ultimately disclose the document against the wishes of the latter », *ibid.*, p. 1482.

(126) Aff. C-64/05 P, précitée, point 82.

(127) *Ibid.*, point 52.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

dans un système démocratique » (128), la Cour souligne que, conformément au règlement n° 1049/2001, qui a aboli la règle de l'auteur (129), le droit d'accès aux documents concerne tous les documents détenus par les institutions, y compris ceux émanant des États membres (130). Elle considère que « les diverses exceptions matérielles » prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement « s'attachent à définir les limites objectives d'intérêt public ou privé susceptibles de justifier un refus de divulgation de documents détenus par les institutions », y compris ceux reçus des États membres (131).

Ces considérations amènent la Cour à exclure toute interprétation de l'article 4, paragraphe 5, du règlement « investissant l'État membre d'un droit de veto général et inconditionnel à l'effet de s'opposer, de manière purement discrétionnaire et sans avoir à motiver sa décision, à la divulgation de tout document détenu par une institution communautaire du seul fait que ledit document émane de cet État membre » (132). Une telle interprétation comporterait, selon la Cour, le risque de réintroduire, au moins partiellement, la règle de l'auteur (133) qui permettrait, potentiellement, de soustraire aux dispositions du règlement n° 1049/2001 « une catégorie particulièrement importante de documents susceptibles de se trouver à la base du processus décisionnel communautaire et d'éclairer celui-ci » (134) et de consacrer, en méconnaissance des objectifs poursuivis par le règlement, une réduction potentiellement considérable du degré de transparence du processus décisionnel communautaire (135). Dans une telle acception de l'article 4, paragraphe 5, le droit d'accès aux documents se trouverait potentiellement, sans raison objective, tenu en échec et son effet utile amoindri (136).

Rejetant l'argument accueilli par le Tribunal, selon lequel l'accès aux documents étatiques en possession de la Commission serait régi par le droit national, la Cour souligne l'impératif de permettre au public un droit d'accès le plus large possible, et d'interpréter, par suite, strictement, les exceptions prévues à l'article 4 du règlement (137). Elle insiste sur le fait que tous les documents, quelle que soit leur origine,

(128) *Ibid.*, point 54.

(129) *Ibid.*, point 56.

(130) *Ibid.*, point 55.

(131) *Ibid.*, point 57.

(132) *Ibid.*, point 58.

(133) *Ibid.*, point 59.

(134) *Ibid.*, points 62 et 63.

(135) *Ibid.*, point 60.

(136) *Ibid.*, point 64.

(137) *Ibid.*, point 66.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

détenus par les institutions, sont soumis aux dispositions du règlement n° 1049/2001, y compris celles prévoyant des exceptions matérielles au droit d'accès (138). S'appuyant sur l'article 4, paragraphe 4, du règlement, la Cour estime que, lorsqu'il est clair qu'un document, émanant d'un État membre, ne doit pas être divulgué, ce dernier ne devrait pas être consulté, et ce, même si l'État avait, antérieurement, demandé à être consulté en invoquant l'article 4, paragraphe 5, du règlement (139). Cette circonstance confirmerait, selon la Cour, qu'à un tel document sont applicables, seules, les exceptions matérielles prévues par le règlement (140), dont l'article 4 ne fait aucune référence au droit national (141). Admettre, comme l'a fait le Tribunal, l'applicabilité du droit national aboutirait à permettre ou à refuser la divulgation d'un document du même type, présentant le même intérêt pour éclairer le processus décisionnel communautaire, en raison du droit de l'État de sa provenance (142). Dès lors qu'un document est transmis par un État membre à des institutions communautaires, sa divulgation ne saurait dépendre que des règles communautaires (143).

Le considérant 15 du règlement, selon lequel ni l'objet ni l'effet du règlement sont de modifier les législations nationales en matière d'accès aux documents, ne saurait, selon la Cour, infirmer sa lecture de l'article 4, paragraphe 5. Ce considérant ne concernerait que les documents détenus par les autorités nationales, y compris ceux provenant des institutions communautaires (144). L'accès à de tels documents est régi par le droit national qui n'est nullement affecté par les règles communautaires (145). Et la Cour d'écarter toute pertinence au principe de subsidiarité, invoqué par les gouvernements espagnol et britannique qui n'avaient ni établi ni même tenté d'expliquer comment ce principe pourrait s'opposer à l'applicabilité des règles communautaires aux documents émanant des États membres détenus par les institutions (146).

De l'ensemble de ces considérations, la Cour conclut que « l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001 ne saurait être interprété

(138) *Ibid.*, point 67.

(139) *Ibid.*, point 68. Ainsi qu'il l'a été relevé précédemment, cette position empêche l'État, duquel émane le document, de donner son accord pour sa divulgation, dès lors que l'institution communautaire considère qu'il est clair qu'une ou plusieurs exceptions matérielles à la divulgation, prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement, doivent s'appliquer.

(140) *Ibid.*, point 68.

(141) *Ibid.*, point 69.

(142) *Ibid.*, point 72.

(143) *Ibid.*, point 71.

(144) *Ibid.*, point 70.

(145) *Ibid.*, point 71.

(146) *Ibid.*, point 74.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

en ce sens qu'il investit l'État membre d'un droit de veto général et inconditionnel à l'effet de s'opposer discrétionnairement à la divulgation de documents qui émanent de lui et sont détenus par une institution, en sorte que l'accès à de tels documents cesserait d'être régi par les dispositions dudit règlement pour ne plus dépendre que des dispositions du droit national » (147).

Lorsque l'État membre a demandé qu'un document émanant de lui, détenu par une institution communautaire, ne soit pas divulgué sans son accord préalable, cette dernière ne serait liée par l'objection à la divulgation, exprimée par l'État, que si certaines conditions étaient remplies.

L'exercice, par un État membre qui en a fait la demande, du pouvoir qui lui est reconnu par l'article 4, paragraphe 5, du règlement, de demander qu'un document émanant de lui et en possession de l'institution communautaire ne soit divulgué sans son accord, « se trouve encadré » par les exceptions matérielles visées par l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3 (148). Cette circonstance amène la Cour à considérer que l'article 4, paragraphe 5, du règlement ne constitue pas une exception matérielle au droit d'accès, mais qu'il institue un processus décisionnel biparti pour l'adoption de la décision communautaire (149), dans lequel participent conjointement et concourent l'État membre et l'institution communautaire (150).

Dans le cadre de ce processus décisionnel, afin de divulguer un document émanant d'un État membre, l'accord préalable de ce dernier, visé à l'article 4, paragraphe 5, s'apparenterait à une sorte d'« avis conforme quant à l'absence de motifs d'exception tirés des paragraphes 1^{er} à 3 » (151).

Selon la Cour, le sens ainsi donné à l'article 4, paragraphe 5, est en accord avec les objectifs poursuivis par le règlement, l'interprétation stricte des exceptions prévues dans son article 4, ainsi qu'avec le contexte normatif immédiat dans lequel s'insère l'article 4, paragraphe 5 (152). À cet égard, la Cour relève que le paragraphe 5 suit le paragraphe 4, qui édicte une règle de nature procédurale indiquant l'obligation de consulter des tiers dans certaines circonstances, que l'article 4, paragraphe 7, relatif à la durée pour l'application de certaines exceptions, se

(147) *Ibid.*, point 75.

(148) *Ibid.*, point 76.

(149) *Ibid.*, points 76 et 81.

(150) *Ibid.*, points 76 et 93. La Cour écarte toute pertinence, à cet égard, de la déclaration n° 35 annexée à l'Acte final du Traité d'Amsterdam.

(151) *Ibid.*, point 76.

(152) *Ibid.*, point 77.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

réfère, expressément, aux seules exceptions prévues aux paragraphes 1^{er} à 3 (153), et souligne qu'alors que l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, énonce les exceptions matérielles susceptibles de justifier le refus d'accès, le paragraphe 5 de cet article, tel qu'interprété par la Cour, « se borne à prévoir l'exigence d'un accord préalable de l'État membre concerné lorsque ce dernier a formulé une demande spécifique en ce sens » (154). En somme, l'article 4, paragraphe 5, « est une disposition consacrée au processus d'adoption de la décision communautaire » (155).

Dans le cadre de ce processus décisionnel, associant l'institution communautaire et l'État dont émane le document en cause, ceux-ci doivent s'en tenir aux seules exceptions matérielles prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3 (156). Et la Cour d'ajouter une remarque lénifiante selon laquelle l'application de ces exceptions est susceptible d'assurer la protection des intérêts légitimes des États (157). À cet égard, la Cour précise que « rien ne permet... d'exclure que le respect de certaines règles de droit national protégeant un intérêt public ou privé, qui s'opposeraient à la divulgation d'un document et seraient invoquées par l'État membre à cette fin, puisse être considéré comme un intérêt digne de protection au titre des exceptions prévues par ledit règlement » (158).

La conception selon laquelle l'article 4, paragraphe 5, instaure un processus décisionnel binaire conduit la Cour à en déterminer les implications.

3^o Pour la Cour, lorsqu'une demande d'accès porte sur un document détenu par une institution, mais émanant d'un État membre, les deux devraient coopérer loyalement afin de permettre une application effective des règles communautaires (159). L'application éventuelle des

(153) *Ibid.*, point 80.

(154) *Ibid.*, point 78.

(155) *Ibid.*, point 81.

(156) *Ibid.*, point 83.

(157) *Ibid.*, point 83.

(158) *Ibid.*, point 84. En version anglaise : « *there is nothing to exclude the possibility that compliance with certain rules of national law protecting a public or private interest, opposing disclosure of a document and relied on by the Member State for that purpose, could be regarded as an interest deserving of protection on the basis of the exceptions laid down by that regulation* ». Puisque les règles de droit national ne sauraient être invoquées par l'État membre afin de s'opposer à la divulgation d'un document émanant de lui et détenu par l'institution communautaire, l'intention de la Cour ne saurait être que de dire que l'application des exceptions prévues par le règlement n° 1049/2001 pourrait servir pour protéger un intérêt privé ou public digne de protection, tel qu'assuré en droit interne. Comme l'a remarqué D. ADAMSKI, « *Member States... have their own access regimes and couching their refusal in terms of Article 4(2)-4(3) would merely lead to expressing national priorities in Community nomenclature* », « How wide is "the widest possible"? Judicial interpretation of the exceptions to the right of access to official documents revisited », *Comm. M.L.Rev.*, 2009, vol. 46, p. 521, spéc. p. 547.

(159) *Ibid.*, point 85.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

exceptions matérielles devrait faire l'objet d'un « dialogue loyal » entre les protagonistes (160). L'objection de l'État à la divulgation du document concerné ne saurait être motivée par des raisons tenant au droit national, contrairement à ce qu'avait retenu le Tribunal, à ce qu'avait soutenu le gouvernement finlandais devant la Cour (161) et à ce que l'avocat général Poiaras Maduro a admis (162), mais par les seules exceptions matérielles prévues par le règlement (163). En l'absence de toute motivation, ou de motivation fondée sur ces dernières, l'institution communautaire ne saurait entériner, en tant que telle, l'objection étatique (164). Dans de telles circonstances, l'accès ne devrait être accordé que si l'institution elle-même considérait qu'aucune des exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, ne s'appliquait (165).

En cas d'opposition à la divulgation, manifestée par l'État membre concerné, motivée par les exceptions matérielles prévues par le règlement, l'institution est tenue de les entériner, d'obtempérer et de prendre une décision refusant l'accès, en reproduisant, pour s'y abriter, la motivation sur laquelle l'État s'est appuyé pour justifier son opposition, en ne se contentant pas, contrairement à ce qu'avait jugé le Tribunal, d'indiquer que l'État s'était opposé à la divulgation (166). Une telle motivation est susceptible de contrôle de la part de la juridiction communautaire, de sorte que le demandeur n'est pas privé de protection juridictionnelle (167). En effet, il appartient au juge communautaire de faire porter son contrôle sur la question de savoir si les exceptions, qu'elles aient été originairement invoquées par l'État ou par l'institution communautaire, justifient valablement le refus de divulgation. Aux fins du contentieux, les raisons tirées des exceptions matérielles prévues par le règlement, mises en avant par l'État et reprises par la décision de refus adoptée par l'institution communautaire sont, compte tenu du caractère intégré du processus décisionnel, imputées à cette dernière (168). Et la Cour de préciser que l'intervention étatique n'affecte pas le caractère commu-

(160) *Ibid.*, point 86.

(161) *Ibid.*, point 37.

(162) Conclusions sous l'arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission*, précité, p. I-11389, point 50 : « ... les raisons d'intérêt public ou privé que l'État membre peut avancer ne se limitent pas aux exceptions au droit d'accès énoncées par le règlement, elles peuvent également être tirées du droit national de l'État membre concerné ».

(163) Aff. C-64/05 P, précitée, point 87.

(164) *Ibid.*, point 88.

(165) *Ibid.*, point 88. Voy., également, aff. jtes T-355/04 et T-446/04, *Co-Frutta Soc. coop. c. Commission*, précitées, points 81 et 82.

(166) *Ibid.*, points 89 et 90.

(167) *Ibid.*, points 90 et 94.

(168) *Ibid.*, point 94.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

nautaire de la décision de refus d'accès adressée par l'institution au demandeur (169).

Sur la base de l'ensemble de ces considérations, l'arrêt du Tribunal a été considéré par la Cour comme entaché de deux erreurs de droit : en premier lieu, en ce que le refus étatique ne devait pas être motivé et qu'en tout état de cause, il était interdit à l'institution communautaire de divulguer le document sans qu'elle puisse examiner si la non-divulgation était justifiée ; en second lieu, en ce que l'opposition de l'État avait pour conséquence que l'accès au document était régi par le droit national.

Bien qu'ingénieuse, la consécration, par la Cour, d'un processus décisionnel binomial dans lequel prépondérance semble être reconnue à l'État membre, le véritable protagoniste, pourrait provoquer une certaine anomalie. L'institution communautaire, dubitative et non convaincue par la motivation fournie par l'État membre, devrait, néanmoins, sur la base de cette motivation, refuser l'accès au document et, le cas échéant, défendre, ne fût-ce qu'avec réticence, sa décision devant la juridiction communautaire (170). Cette inique conséquence découlerait, inévitablement, de la solution dégagée par la Cour, à moins qu'une lecture alternative de son arrêt ne puisse être retenue.

L'on pourrait estimer, à cet égard, que la Cour semble reconnaître à l'institution communautaire un certain « droit de regard » et un certain pouvoir d'appréciation. Elle indique, dans la partie de son arrêt prononçant l'annulation de l'arrêt du Tribunal, que la motivation du refus étatique devrait permettre à l'institution communautaire d'examiner « si la non-divulgation est justifiée » (171). De même, dans la partie de l'arrêt où elle a procédé à l'annulation de la décision de la Commission, que le Tribunal avait considérée valide, la Cour déclare que l'opposition étatique, qui ne saurait être fondée que sur les exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, devrait être dûment motivée et que l'institution communautaire devrait s'assurer de l'existence d'une telle motivation (172).

(169) *Ibid.*

(170) Comme l'a noté D. ADAMSKI, « *If, within a very limited time-frame for considering the application, positions of the Member State and the institution are not aligned, the latter is obliged to 'incorporate' the view of the Member State into its decision, and defend it before the CFI if the case is brought before it. It is still to be seen whether the defence might be wholehearted in these circumstances* », *loc. cit.*, p. 547.

(171) Aff. C-64/05 P, précitée, point 95.

(172) *Ibid.*, point 99. Dans son arrêt dans les aff. jtes T-355/04 et T-446/04, *Co-Frutta Soc. coop. c. Commission*, précitées, au point 91, le Tribunal a considéré que, selon l'arrêt de la Cour de justice, « même en cas d'une opposition des États membres à la divulgation d'un document,

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

L'emploi, par la Cour, des termes « justifiée » et « dûment motivée » se prête, dans ce contexte, à une certaine équivoque. Sauf à considérer, selon une lecture plausible de l'arrêt, qu'une objection « justifiée » et « dûment motivée » désignerait le simple fait que l'objection étatique soit formellement articulée en termes des exceptions prévues par l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement n° 1049/2001 (173), l'on pourrait soutenir qu'ayant à s'assurer de l'existence des raisons tirées des exceptions matérielles prévues par le règlement et sur lesquelles l'objection étatique est basée, du caractère justifié de celle-ci et de sa due motivation, l'institution communautaire devrait, selon une lecture non moins plausible de l'arrêt, apprécier si les raisons mises en avant par l'État récalcitrant sont appropriées, adéquates et bien fondées (174). Peut-être, aussi, à l'instar de son obligation dans le cas d'absence de toute motivation, et dans celui de motivation tirée de raisons autres que celles fondées sur des exceptions matérielles prévues par le règlement (175), l'institution communautaire devrait-elle examiner si l'une ou plusieurs de ces exceptions, non invoquées par l'État membre, devraient s'appliquer, et ce n'est que si elle considèrerait qu'aucune d'entre elles ne justifiait le refus d'accès qu'elle devrait, en dépit de l'opposition étatique, l'autoriser.

* *
*
*

Dans l'arrêt C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission* (176), la Cour a clairement établi qu'un État membre, souhaitant qu'un document par lui transmis aux institutions communautaires ne soit pas divulgué sans son accord, devrait s'adresser, à cette fin, à l'institution concernée et que, pour motiver son désaccord, il ne saurait s'appuyer que sur les seules exceptions matérielles prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement n° 1049/2001. En revanche, il ne ressort pas très clairement de l'arrêt de la Cour si l'institution communautaire détient un résidu de pouvoir d'appréciation quant au bien-fondé de l'objection étatique.

la Commission doit, de sa propre initiative, invoquer l'une des exceptions de l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement n° 1049/2001 afin de refuser l'accès aux documents demandés ».

(173) Comme pourrait le suggérer la référence faite par la Cour aux points 52 à 89 de son arrêt.

(174) Dans la version de la langue de procédure : « ... Article 4(5) entitles a Member State to object to the disclosure of documents originating from it only on the basis of those exceptions and if it gives proper reasons for its position. That provision also requires that the institution to which such an objection is made must, once the possibilities of a dialogue in good faith with the Member State... have been exhausted, make sure that those reasons exist and refer to them in the decision it makes to refuse access ».

(175) Aff. C-64/05 P, précitée, point 88.

(176) Précité.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

La lecture que semble actuellement faire la Commission de cet arrêt révèle qu'elle considère qu'il lui appartient d'apprécier, ne fût-ce que *prima facie*, le bien-fondé des exceptions ainsi invoquées et qu'elle pourrait, éventuellement, aller à l'encontre de l'objection étatique.

Ainsi, après une première décision de refus d'accès à des documents émanant des autorités italiennes et par elles détenus, motivée par le seul fait de l'opposition de ces dernières, la Commission, à la suite de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission* (177), et alors que des recours en annulation contre sa décision étaient pendants devant le Tribunal, s'est adressée aux autorités italiennes demandant à connaître les raisons, tirées des exceptions matérielles prévues par le règlement, sur lesquelles elles avaient basé leur objection, initialement entérinée par la Commission. Ayant considéré que ces raisons étaient insuffisantes, la Commission a retiré la décision de refus précédemment adoptée et, en application de l'article 5, paragraphe 6, de sa décision du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur (178), a fait savoir à l'Italie qu'elle avait décidé d'accorder l'accès aux documents concernés et qu'elle ne suspendrait l'exécution de cette décision que si l'Italie l'informait, dans un délai de dix jours, de son intention d'introduire un recours en annulation dirigé contre cette décision devant le Tribunal et de demander à ce dernier l'octroi de mesures provisoires. L'Italie n'ayant pas manifesté son intention de saisir le Tribunal dans le délai imparti, la Commission a accordé aux demandeurs l'accès aux documents en cause et le Tribunal a rendu, par suite, des ordonnances de non-lieu à statuer (179). Le Tribunal n'a pas été saisi d'un recours en annulation contre la décision de la Commission d'autoriser l'accès aux documents en question.

Une deuxième application de la solution retenue par l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission* (180), a donné lieu à la saisine du Tribunal par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire T-59/09, actuellement pendante (181).

(177) *Ibid.*

(178) Décision de la Commission n° 2001/937/CE, CECA, Euratom, du 5 décembre 2001 modifiant son règlement intérieur, notifiée sous le numéro C(2001) 3714, *J.O.C.E.*, L 345, 29 décembre 2001, p. 94.

(179) Aff. T-477/07, *Cofra SRL c. Commission*, ordonnance du 3 septembre 2008 ; aff. T-479/07, *Nuova Agricast Srl c. Commission*, ordonnance du 3 septembre 2008 (non publiées au *Rec.*).

(180) Précitée.

(181) *J.O.C.E.*, C 113, 16 mai 2009, p. 35 (arrêt rendu le 14 février 2012, publié au *Rec.* numérique).

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

Ayant été saisie d'une demande d'accès, *inter alia*, à la réponse des autorités allemandes à une lettre de mise en demeure émise au titre de la phase administrative d'une procédure en manquement déjà clôturée, la Commission a consulté ces autorités sur la question de la divulgation dudit document. Les autorités allemandes ont exprimé leur objection en invoquant certaines exceptions prévues à l'article 4, paragraphes 1^{er} à 3, du règlement n° 1049/2001. Considérant que les raisons mises en avant par les autorités allemandes ne satisfaisaient pas aux exigences formulées par la jurisprudence du Tribunal et de la Cour, la Commission a informé ces autorités qu'elle avait décidé, en dépit de leur objection, d'accorder l'accès audit document. À l'instar de l'affaire italienne, la Commission a indiqué aux autorités allemandes que si elle était informée, dans les dix jours, de leur intention de saisir le Tribunal d'un recours en annulation contre sa décision et de demander l'octroi de mesures provisoires, elle surseoirait à l'exécution de sa décision et qu'à défaut, elle divulguerait le document concerné. Les autorités allemandes ont fait part à la Commission, dans le délai prescrit, de leur intention de saisir le Tribunal, qui a été, en effet, par elles saisi le 11 février 2009 (182).

Dans leur recours, les autorités allemandes soutiennent qu'en accordant l'accès à un document émanant d'elles, en dépit de leur objection, la Commission a méconnu l'article 4, paragraphe 5, du règlement n° 1049/2001, tel qu'interprété par l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission* (183), et l'article 10 du Traité CE (actuellement, après modification, article 4, paragraphe 3, du TUE).

Si la Commission souscrit à la solution, selon elle, consacrée par l'arrêt de la Cour quant à son pouvoir d'appréciation du bien-fondé des raisons mises en avant par l'État pour s'opposer à la divulgation des documents reçus de ce dernier, elle souhaite renverser un autre principe dégagé par la Cour. Dans la proposition pour la refonte du règlement n° 1049/2001 présentée par la Commission le 30 avril 2008 (184), l'article 4, paragraphe 5, est remplacé par un article 5, paragraphe 2, ainsi libellé : « Lorsqu'une demande concerne un document émanant d'un État membre autre que ceux transmis dans le cadre de procédures visant à l'adoption d'un acte législatif ou d'un acte non législatif

(182) Il ne semble pas que les autorités allemandes aient demandé au Tribunal l'octroi de mesures provisoires. Il apparaît que, par conséquent, la Commission a communiqué le document en cause au demandeur.

(183) Précitée.

(184) COM(2008) 229 final. Voy., également, COM(2009) 665 final.

OPACITÉ ET TRANSPARENCE OU LE DROIT D'EMPÊCHER

d'application générale, les autorités de cet État membre sont consultées. L'institution détenant le document divulgue celui-ci, sauf si l'État membre indique les raisons qui justifient sa non-divulgateion, sur la base des exceptions visées à l'article 4 ou de dispositions spécifiques figurant dans sa propre législation interdisant la divulgation du document concerné. L'institution apprécie le bien-fondé des raisons avancées par l'État membre, pour autant que celles-ci soient liées aux exceptions prévues par le présent règlement ».

L'on pourrait se demander comment la Commission pourrait justifier sa position selon laquelle une règle de droit national peut anéantir l'exercice d'un droit consacré par le droit communautaire. La proposition de la Commission de reconnaître aux États membres le droit d'invoquer des raisons de droit interne pour s'opposer à la divulgation des documents émanant d'eux est incongrue avec la *ratio* de la position retenue par la Cour dans l'affaire C-64/05 P, *Royaume de Suède c. Commission* (185), et a été repoussée par la commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen (186).

(185) Précitée.

(186) « Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission », Commission des Libertés civiles, de la Justice et des Affaires intérieures, rapporteur : M. CASHMAN, A6-0077/2009 (amendement 6).