UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE
UFR ÉTUDES INTERNATIONALES
ET EUROPÉENNES

LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE DES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE

THÈSE

en vue de l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT

soutenue publiquement le 3 juillet 2015
par

Vincent COURONNE

MEMBRES DU JURY

Madame Laurence BURGORGUE-LARSEN (Directeur de recherche)
Professeur de droit public, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Monsieur Paul CASSIA
Professeur de droit public, Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Monsieur Laurent COUTRON (Rapporteur)
Professeur de droit public, Université de Montpellier

Monsieur Dominique RITLENG (Rapporteur)
Professeur de droit public, Université de Strasbourg
Professeur invité à l'Université Uppsala, Suède

Monsieur Allan ROSAS
Juge à la Cour de justice de l'Union européenne

L'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À cette personne qui a même accepté que j'oublie son anniversaire pour ma thèse.

À mon père qui m'a toujours encouragé à faire des études.
J'espère être allé au bout de son conseil.

Remerciements

Si la thèse est un cheminement personnel, c'est une aventure collective qui n'aurait pas été aussi épanouissante sans le soutien de nombreuses personnes.

Ainsi ma gratitude la plus sincère va au professeur Laurence Burgorgue-Larsen pour avoir accepté de diriger cette recherche, pour ses conseils avisés et ses encouragements.

Mes remerciements les plus vifs vont au juge Allan Rosas, au professeur Paul Cassia, au professeur Laurent Coutron, et au professeur Dominique Ritleng pour avoir accepté de siéger dans ce jury de thèse.

Je remercie tout aussi vivement les membres de la Cour de justice de l'Union européenne, juges et référendaires qui, à ma grande surprise, ont bien voulu me recevoir et m'ont donné des clés de déchiffrement déterminantes.

Mes plus chaleureux remerciements vont :

Aux membres de l'IREDIES et de l'EDDIE pour leur disponibilité ;

Aux membres du VIP pour l'accueil réservé à un parisien d'adoption ;

À ma famille intra comme extra-communautaire et à mes amis, au premier rang desquels Peter, Marie, Jérémie, Valérie, Vincent, Coralie, Grégoire, Djamila, Lauriane, Skander, Stéphanie. Leur patience, leurs encouragements et leur confiance ont permis à cette recherche d'arriver à son terme.

SOMMAIRE

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Chapitre introductif – L'absence d'autonomie : l'affirmation d'une compétence procédurale

PARTIE I – UN ENCADREMENT PROTÉIFORME DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE

TITRE I – LES CRITÈRES CLASSIQUES D'ÉQUIVALENCE ET D'EFFECTIVITÉ

Chapitre I – Des natures comparables

Chapitre II – Des régimes distincts

TITRE II – L'INTERVENTION D'UN DROIT À UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE

Chapitre I – Un droit ancré dans l'encadrement de la compétence procédurale

Chapitre II – Un agencement incertain avec les critères d'encadrement de la compétence procédurale

PARTIE II – UN DÉSENCADREMENT MAÎTRISÉ DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE

TITRE I – DES OUTILS VARIÉS DE RÉPARTITION DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE

Chapitre I – La justification étatique de l'atteinte à l'effectivité : les « justifications correctives »

Chapitre II – La diversification des invocabilités

TITRE II – LA COHÉRENCE RETROUVÉE DE LA JURISPRUDENCE

Chapitre I – Un balancement entre compétence nationale et compétence de l'Union

Chapitre II – Une préemption graduée de l'exercice de la compétence

Liste des abréviations

Am. J. Comp. L.	*American Journal of Comparative Law*
Am. J. Int. L.	*American Journal of International Law*
ADE	*Annuaire de droit européen*
AFDI	*Annuaire français de droit international*
AJDA	*Actualité juridique, droit administratif*
Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, 1ère chambre civile*
CAA	Cour administrative d'appel
Cam. L. J.	*The Cambridge Law Journal*
CE	Conseil d'État
C. Cass.	Cour de cassation
C. Const.	Conseil constitutionnel
CDE	*Cahiers de droit européen*
CIJ	Cour internationale de justice
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJEL	*Columbia Journal of European Law*
CJTL	*Columbia Journal of Transnational Law*
Col. L. R.	*Columbia Law Review*
CMLR	*Common Market Law Review*
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
D.	*Recueil Dalloz*
Dr. Adm.	*Droit administratif*
Dr. fisc.	*Droit fiscal*
ECLR	*European Constitutional Law Review*
Eur. Crim. L. Rev.	*European Criminal Law Review*

ELJ	*European Law Journal*
ELR	*European Law Review*
ERCL	*European Review of Contract Law*
Eur. Pub. L.	*European Public Law*
FI	*Foro italiano*
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
Ind. Law Jour.	*Industrial Law Journal*
Irish Jour. Eur. Law	*Irish Journal of European Law*
JCP E	*Semaine juridique – jurisclasseur périodique – édition entreprises*
JCP G	*Semaine juridique – jurisclasseur périodique – édition générale*
JDE	*Journal du droit européen*
JDI	*Journal du droit international*
JOCE	*Journal officiel des Communautés européennes*
JOUE	*Journal officiel de l'Union européenne*
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	*Les Petites Affiches*
MLR	*Michigan Law Review*
n. e. p.	Non encore publié au Recueil des arrêts de la Cour de justice
PUAM	Presses universitaires de l'université d'Aix / Marseille
Pub. Proc. L. Rev.	*Public Procurement Law Review*
PUF	Presses universitaires de France
PUS	Presses universitaires de l'université de Strasbourg
RA	*Revue administrative*
RAE	*Revue des affaires européennes*
RCADE	*Recueil des cours de l'Académie de droit européen*
RCADI	*Recueil des cours de l'Académie de droit international*
RCDIP	*Revue critique de droit international privé*
RD conc.	*Revue des droits de la concurrence*
RDP	*Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*
RDUE	*Revue du droit de l'Union européenne*
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice
Rec. num.	Recueil numérique des arrêts de la Cour de justice
REDA	*Revista española de derecho administrativo*
REDC	*Revue européenne de droit de la consommation*

Rev. Eur. Adm. L.	*Review of European Administrative Law*
Rev. admin. Est de la F.	*Revue administrative de l'Est de la France*
RFDA	*Revue française de droit administratif*
RGDIP	*Revue générale de droit international public*
RGP	*Revue générale des procédures*
RJEP	*Revue juridique de l'économie publique*
RJL	*Revue juridique de Liège, Mons et Bruxelles*
RLC	*Revue Lamy de la Concurrence*
RLDA	*Revue Lamy droit des affaires*
RMC	*Revue du marché commun*
RMCUE	*Revue du marché commun et de l'Union européenne*
RSC	*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
RTD eur.	*Revue trimestrielle de droit européen*
Sect.	Section du contentieux du Conseil d'État
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne issu du traité de Lisbonne
YEL	*Yearbook of European Law*

INTRODUCTION

1. Si, à la suite de L. Duguit, nous considérons qu'il n'y a qu'un droit objectif composé de normes ouvertes à une voie de droit[1], il ne pourrait être soutenu qu'à l'issue d'une répartition générale des compétences entre l'Union et les États membres subsiste une autonomie de ces derniers en matière strictement procédurale. Un droit ne peut être opposable que s'il porte en lui la voie de droit qui en permettra la sanction. Ainsi, sans autonomie *substantielle*, les États membres ne peuvent se prévaloir d'une autonomie *procédurale*. Ils sont au contraire liés sur ce point par les règles de répartition des compétences, y compris donc en matière procédurale.

2. La compétence procédurale des États membres peut alors être définie comme le titre dont disposent les États membres pour réglementer les modalités procédurales juridictionnelles permettant d'assurer aux justiciables les droits qu'ils tirent du droit de l'Union.

3. Pourtant, la constance, la méthode avec laquelle les juges de la Cour de justice ont défendu une autonomie procédurale encadrée par des critères issus des arrêts *Rewe* et *Comet* en 1976 est exceptionnelle[2]. En revanche, l'intensification de cette jurisprudence apporte un nouvel éclairage sur le fond de la question. Tout se passe comme si l'utilisation effrénée par la Cour de notions comme *autonomie*, *effectivité*, *équivalence* ou *protection juridictionnelle effective* avait révélé leur vraie nature. Mieux, le tumulte qui descend du Plateau du Kirchberg et se répand jusqu'aux confins de ce qu'on appelait au Moyen-Âge l'Occident, l'Europe qui aujourd'hui regarde Istanbul au Sud et Saint-Pétersbourg au Nord, donne cette impression qu'on tente de couvrir une musique plus discrète, plus lointaine parce que plus ancienne, celle des origines de l'intégration. Alors, sous ce bourdonnement sourd qui court un vaste territoire, certains font entendre cette petite musique, car la conviction renouvelée de la Cour de justice dans sa voie a mis au jour le contraste avec ses contradicteurs. Une jurisprudence amplifiée a révélé l'écart entre le fondement et la pratique. Dans ces conditions, une relecture s'impose, afin de proposer un nouveau départ, techniquement et toutes proportions gardées une

[1] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1927, vol.1, p. 295.

[2] Il s'agit des deux arrêts communément considérés comme ayant donné naissance au raisonnement de la Cour de justice dans ce qu'elle nomme « l'autonomie procédurale des États membres » : CJCE, 16 décembre 1976, aff. 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, p. 1989, et CJCE, 16 décembre 1976, aff.45/76, *Comet BV*, p. 2043. Par la suite, la référence à ces deux arrêts, souvent invoqués, ne sera pas systématique en note de bas de page.

révolution. La Révolution, ce retour du mouvement qui coïncide avec son point de départ[3], ce mouvement qui commence en 1789 et aboutit à 1793 ; ce retour au néant, mais sur de nouvelles bases, celles de l'homme, et de sa liberté. C'est, en définitive, s'interroger à nouveau sur l'essence d'une notion comme l'autonomie procédurale.

4. Sans comparer l'incomparable, ne gardons de cette analogie que la représentation. Tout porte à croire en effet que la Cour de justice de l'Union européenne permet aujourd'hui une étude nouvelle de sa jurisprudence relative à la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union, et de redéfinir les rapports avec le juge national, chargé de la protection des droits des particuliers « *dans le cadre de sa compétence* »[4]. Car il s'agit bien de réfléchir à la qualification de la relation entre la Cour de justice et le juge national concernant les modalités procédurales, et cela revient à s'interroger sur la structure du droit procédural européen. Nous tenterons alors de montrer qu'une qualification différente, qu'un retour aux origines sur des bases nouvelles peut faire évoluer l'étude du droit européen, qui a plutôt tendance à mettre « l'accent sur les failles de la pyramide normative, au lieu de s'intéresser au perfectionnement de son architecture »[5].

I – La diffusion de l'idée d'autonomie

5. L'autonomie procédurale des États membres est de ces raisonnements qui, éprouvés par la Cour de justice, ont été dotés à un moment donné d'une définition qu'il serait tentant de qualifier de définitive, tant celle-ci semble invariable. Ce principe signifie qu'en l'absence de règlementation de l'Union dans un domaine déterminé, « *il appartient à l'ordre juridique interne de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits des justiciables tirés du droit communautaire* »[6]. Il revient donc au juge national, lorsqu'il doit faire application d'un droit substantiel issu du droit de l'Union européenne, qui lui-même n'a prévu aucune procédure juridictionnelle spécifique, de puiser dans son droit national pour y trouver les procédures permettant l'application au justiciable de ce droit substantiel.

---

[3] *Dictionnaire du Moyen Français*

[4] CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal*, Rec. p. 629, pt. 21.

[5] E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 68.

[6] Notamment rappelé par l'arrêt CJCE, 13 mars 2007, aff. C-432/05, *Unibet*, Rec. p. I-02271, pt. 39. Cette formulation est tirée de celle, plus ancienne mais qui différait notamment sur l'exigence d'effet direct du droit, des arrêts *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.* ; *Comet BV*, *op. cit.*

6. Cette autonomie est encadrée par deux critères qui sont l'équivalence et l'effectivité, expression du principe de coopération loyale de l'article 4 paragraphe 3 TUE[7], et qui ont pour mission de garantir la primauté du droit de l'Union sur le droit interne[8]. Ces deux critères sont eux aussi définis par la Cour de justice comme étant, pour le premier, le fait que « *les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne* » ; et pour le second, que ces modalités « *ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire* »[9]. La doctrine parle alors généralement d'*encadrement* de l'autonomie procédurale des États membres[10]. Elle s'exprimerait par un critère de l'équivalence qui est en fait l'interdiction de discriminer le droit de l'Union en droit interne[11], ainsi que par un critère d'effectivité qui impose aux États membres de garantir dans une certaine mesure la

---

[7] « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. » Voir par exemple : M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », *in Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, 2006, pp. 419-457 ; E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 393.

[8] Voir, pour des développements sur ces principes d'encadrement : B. LE BAUT-FERRARÈSE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des états membres*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin (Lyon III), 1996, 839 p. ; M. BOBEK, « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *in* H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 305-323 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2001, pp. 267-337 ; P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *RTD eur.*, 2002, pp. 75-102 ; K. LENAERTS et D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, 2ème éd., Sweet & Maxwell, 2006, 1026 p. ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, pp. 431-438.

[9] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 43.

[10] M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », *op. cit.*, p. 423 et s. F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTDE*, 2012, p. 594 ; P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *RTDE*, 2002, pp. 75-102 ; R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 685‑726, spéc. p. 708 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3ème éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2001, pp. 157 et s.

[11] Voir l'arrêt *Deutsche Milchkontor*, dans lequel la Cour, avant l'apparition de la notion d'équivalence, exige que l'application de la législation nationale se fasse de façon « *non discriminatoire par rapport aux procédures visant à trancher les litiges du même type, mais purement nationaux* » : CJCE, 21 septembre 1983, aff. jointes 205/82 à 215/82, *Deutsche Milchkontor*, Rec. p. 2633, pt. 19. Voir M. DONY, « Les aides illicites et la confiance légitime. Les obstacles à la récupération des aides », *Revue de droit commercial belge,* 1991, pp.83-88.

mise en œuvre du droit de l'Union dont se prévaut le justiciable. L'autonomie procédurale des États membres est ainsi définie avec clarté par la Cour, comme étant la liberté laissée aux États et, plus particulièrement, au juge de droit commun du droit de l'Union[12], de décider des procédures juridictionnelles qu'il appelle pour garantir à tout justiciable son droit issu de l'ordre juridique de l'Union. Cette liberté cache en creux une obligation, celle d'assurer la protection de ce droit, au nom du principe de primauté du droit de l'Union sur le droit interne.

7. Avant que la Cour de justice ne définisse elle-même le contenu de cette autonomie procédurale, la doctrine avait posé, dès les années 1970, les jalons d'une conceptualisation de ce phénomène de décentralisation maximale de la mise en œuvre du droit de l'Union. Elle avait pour ce faire étudié la structure des traités CECA et CEE ainsi que les débuts de la Cour de justice des Communautés européennes, dont la jurisprudence démasquait les inconvénients d'un droit supranational. Dépourvu d'une administration déconcentrée adossée à un système procédural complet, elle s'était au contraire appuyée sur une forte décentralisation de ses moyens d'exécution[13]. Mais cette doctrine, même si elle est prompte à dépeindre à l'unisson ces lacunes, ne la formule pas pour autant dans des termes identiques. Certains parlent ainsi d'autonomie institutionnelle, d'autres d'autonomie à la fois institutionnelle et procédurale, d'autres encore d'autonomie seulement procédurale. Ceci s'explique par le fait que la jurisprudence de la Cour a d'abord concerné les procédures juridictionnelles de l'État, puis la désignation des institutions compétentes. Dans leur contenu, les différentes appellations données par la doctrine recouvrent parfois une seule et même définition, qui consiste à reconnaître une autonomie générale de l'État dans l'organisation de ses pouvoirs publics. Mais la Cour de justice des Communautés européennes, tentant de préciser ses orientations, va tout d'abord donner sa propre définition de l'autonomie dans les arrêts *Rewe* et *Comet* du 16

[12] Sur la notion de juge national, juge de droit commun du droit de l'Union européenne, voir par exemple les travaux de A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *in Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1990, pp. 1-20 ; et O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.*

[13] Comme l'écrit le juge PESCATORE : « une des caractéristiques les plus frappantes de la structure de la Communauté dans le domaine de l'exécution du droit communautaire est le degré considérable de décentralisation, dû à l'absence d'infrastructure administrative des Communautés » : P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 100 p ; voir aussi J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903. Voir, pour une affirmation plus récente, et en doctrine anglophone, M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *Eur. Pub. L.*, 2005, vol. 11, n° 3, p. 381.

décembre 1976[14], puis accoler pour la première fois à la définition classique du raisonnement le terme « *autonomie procédurale* » dans l'arrêt *i-21 Germany et Arcor* du 19 septembre 2006[15].

8. La recherche universitaire a donc été à l'avant-garde de l'appréhension du phénomène de l'autonomie procédurale. Toutefois, qu'il s'agisse de le saisir, ou seulement de le nommer, le consensus est loin d'être atteint. Qu'il soit désigné en tant qu'autonomie institutionnelle, constitutionnelle, institutionnelle et procédurale, ou seulement procédurale, sa définition varie, et ne suit pas la dénomination. Plutôt que de présenter ces différentes appellations et de les définir chacune selon leurs auteurs, il semble plus approprié de partir des définitions, pour ensuite montrer qu'elles ne reçoivent pas la même qualification. Cet ordre des choses permettra de réunir les auteurs sur le fond, et de mieux pointer les divergences doctrinales portant sur l'appellation du principe d'autonomie.

9. Tout d'abord, il est apparu dans la jurisprudence de la Cour de justice que le juge national était particulièrement visé dans ce balancement entre liberté des moyens et nécessaire sauvegarde des droits des justiciables. L'arrêt *Molkerei-Zentrale* du 3 avril 1968 postule ainsi que « *lorsqu'une imposition intérieure n'est incompatible avec l'article 95, alinéa 1, qu'au delà d'un certain montant, il appartient à la juridiction nationale de décider, selon les règles de son droit national, si cette illégalité affecte l'imposition en son entier ou seulement dans la mesure où elle dépasse ledit montant* »[16]. Cette désignation spécifique du juge de l'État membre a été relevée quelques mois plus tard par l'avocat général Gand qui, dans ses conclusions dans l'affaire *Salgoil* rendues le 14 novembre de la même année, souligne l'importance pour la Cour de la protection juridique des particuliers que doit lui assurer le juge interne[17]. Dans ses conclusions rendues en 1972 dans l'affaire *Marimex*, l'avocat général Roemer retrace les arrêts

---

[14] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.* ; *Comet BV*, *op. cit.* Voir R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *CDE*, 1977, pp. 230-244 ; G. NAFILYAN, *RTD eur.*, 1977, pp. 96-99 ; D. WYATT, « National Periods of Limitation as a Bar to Community Rights », *ELR*, 1977, pp. 122-125.

[15] CJCE, 19 septembre 2006, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, *i-21 Germany et Arcor AG*, Rec. p. I-8559, pt. 57. Dans cet arrêt la Cour s'exprime ainsi : « *il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres* » (nous soulignons). Voir E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, « Stabilité des situations juridiques et droit communautaire », *AJDA*, 2006, p. 2275-2276 ; L. IDOT, « Taxes excessives et retrait d'une décision administrative », *Europe*, novembre 2006, Comm. n. 320, p. 24 ; H. WENANDER, « Withdrawal of national administrative decisions under European Administrative Law », *European Law Reporter*, 2007, p. 54-60.

[16] CJCE, 3 avril 1968, aff. 28/67, *Molkerei-Zentrale*, Rec. p. 211.

[17] Conclusions de l'avocat général Gand rendues dans l'affaire CJCE, 19 décembre 1968, aff. 13/68, *Salgoil*, Rec. p. 661, spéc. pp. 686-687. Voir L. J. BRINKHORST, *CMLR*, 1969, pp. 481-488.

qui ont dessiné le contour de l'autonomie des États lorsqu'ils doivent assurer les conséquences de l'effet direct des dispositions du droit communautaire. Il cite ainsi l'arrêt *Lück* du 4 avril 1968[18], duquel il tire le principe selon lequel « les dispositions communautaires ayant un effet direct, ne limitent pas les pouvoirs des juridictions nationales compétentes de recourir, parmi les divers procédés de l'arsenal juridique interne, à ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire ». L'avocat général en conclut que « 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 »[19].

10. Or, quelques semaines plus tôt, le 15 décembre 1971, la Cour rend un arrêt *International Fruit Company* dans lequel on trouve l'affirmation selon laquelle, plus largement, « *si, en vertu de l'article 5 du traité, les États membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui découlent du traité, il leur appartient de déterminer les institutions qui, dans l'ordre interne, auront compétence pour prendre lesdites mesures* »[20]. Par conséquent, dans son article paru l'année suivante, en 1972, le professeur Rideau ne déduit pas encore de la jurisprudence l'affirmation d'une autonomie dite procédurale, mais pour l'heure institutionnelle[21], probablement « la première reconnaissance de l'identité constitutionnelle propre à chaque État membre »[22]. Cela s'explique par le fait que la jurisprudence à ce moment-là visait l'organisation procédurale et juridictionnelle autant que l'organisation découlant du système constitutionnel[23]. Historiquement, le principe de l'autonomie des États a donc été posé en premier lieu par le professeur Rideau en 1972, pour qui c'est un principe fondamental qui veut que « les organes

---

[18] CJCE, 4 avril 1968, aff. 34/67, *Lück*, Rec. p. 359.

[19] Conclusions du 24 février 1972 de l'avocat général Roemer sous l'arrêt CJCE, 7 mars 1972, aff. 84/71, *Marimex*, Rec. p. 98, p. 102.

[20] CJCE, 15 décembre 1971, aff. jointes 51 à 54/71, *International Fruit Company*, Rec. p. 1107, pt. 3. Voir V. CONSTANTINESCO, *JDI*, 1973, pp. 523-527.

[21] Sur l'autonomie institutionnelle, voir les développements de C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 267-271.

[22] D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *in* J.-C. BARBATO et Jean-Denis MOUTON (dirs.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 32, l'auteur estime que par la suite la Cour a opété un glissement du « respect-indifférence » propre à l'autonomie institutionnelle à un « respect-garantie » contenu dans l'autonomie constitutionnelle « fondé sur un droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale ».

[23] À propos de l'arrêt *International Fruit Company*, l'avocat général Roemer relevait dans les conclusions dans l'affaire *Marimex* que la Cour avait « jugé en substance que la question de savoir de quelle façon les États membres pouvaient s'acquitter des obligations qui leur incombent aux fins de l'application du droit communautaire relevait uniquement du système constitutionnel de chaque État » : Conclusions du 24 février 1972 de l'avocat général Roemer dans l'affaire *Marimex*, *op. cit.*, p. 102.

compétents, les procédures à utiliser pour la mise en œuvre du droit communautaire sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques »[24].

11. Cet ordre national révèle pour le professeur Rideau une autonomie qu'il appelle donc « institutionnelle », que certains voient consacrée aujourd'hui à l'article 4 paragraphe 2 TUE[25]. Cette appellation se rapproche d'ailleurs assez, dans son esprit, de celle d' « autonomie constitutionnelle » qui a pu être aperçue bien plus tard[26]. Cette dernière peut être déduite toujours du même arrêt, en ce qu'il considère que « *lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres en leur imposant des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution des ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque État* ». Ici la mention du système constitutionnel de l'État accrédite l'idée selon laquelle l'autonomie exprimée dans cet arrêt vise la loi fondamentale nationale. Dans cette hypothèse donc, l'autonomie dite institutionnelle et celle dite constitutionnelle peuvent être considérées comme étant proches. En effet, la référence à une autonomie institutionnelle ou bien constitutionnelle peut s'expliquer par le fait que la constitution a pour fonction d'organiser les pouvoirs publics de l'État et, par conséquent, ses institutions[27]. Il n'est d'ailleurs pas inintéressant de noter que d'autres auteurs définissent cette autonomie comme un principe qui « institutionnalise le renvoi matériel au cadre constitutionnel national pour la définition des organes, de leurs compétences et des procédures pour l'application nationale du droit communautaire »[28]. La définition est

---

[24] J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, p. 885 ; voir aussi, pour une définition équivalente, F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000, p. 451. Dans une affaire postérieure, le cas de figure de l'arrêt *International Fruit Company* s'est répété, concernant cette fois le choix par l'État membre, en l'occurrence les Pays-Bas, des institutions nationales chargées d'exécuter un règlement communautaire relatif à une organisation commune de marché. Ledit règlement laissant aux États le choix des institutions compétentes, la Cour ne pouvait déterminer si la compétence de deux autorités administratives au lieu d'une seule était contraire ou non au droit communautaire : CJCE, 21 juin 1979, aff. C-240/78, *Atlanta*, Rec. p. 2137, pts 3-6.

[25] O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *in Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 293‑314, p. 308.

[26] F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français*, *op. cit.*, p. 451.

[27] Selon la théorie constitutionnelle qui définit le critère matériel d'une constitution par le fait qu'elle détermine « la forme de l'État », « la distribution des relations entre les pouvoirs publics ou constitués », et « l'énonciation des droits et libertés dont les personnes sont titulaires » : voir par exemple, J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 24ème édition, Montchrestien, 2010, p. 182.

[28] L. POTVIN-SOLIS, « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *in* J.-C. BARBATO et Jean-Denis MOUTON (dirs.), *Vers la reconnaissance*

proche de celle donnée en 1972 par le professeur Rideau, et souligne cette relation intime qu'entretiennent constitution et institutions. Elle peut être aussi rapprochée de la définition donnée par E. Bernard, pour qui l'autonomie « implique que les mesures nécessaires à l'application des normes communautaires au sein des ordres juridiques internes soient déterminées selon les formes et les procédures du droit national »[29]. Cette nécessaire utilisation, par des institutions constituées, de procédures nationales propres à mettre en œuvre le droit de l'Union, se trouve exprimée dans la notion d'autonomie « institutionnelle et procédurale », défendue par nombre d'auteurs[30]. Dans tous les cas et quelque soit son appellation, selon les tenants de l'autonomie de l'État dans l'organisation des pouvoirs publics, le champ d'application matériel du principe concerne aussi bien le choix des institutions nationales, les conditions d'exercice des recours devant le juge national, que la répartition des compétences entre l'État et les collectivités décentralisées[31].

12. Par ailleurs, la protection juridictionnelle effective, combinée aux deux autres critères régulateurs, a enclenché un mouvement de fond qui atteint l'exercice des pouvoirs juridictionnels du juge interne. Conditionner le respect du droit de l'Union à la garantie de son effectivité n'est pas la même chose que d'exiger de la procédure judiciaire interne qu'elle respecte en sus le droit au juge dû au justiciable, ce droit bénéficiant du « statut constitutionnel » propre aux principes généraux du droit[32]. L'affaire *DEB* en est un bon exemple. Là où la Cour aurait pu, de façon traditionnelle, mettre en œuvre la grille d'analyse de l'autonomie

---

de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 113.

[29] E. BERNARD, « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », *in* G. ECKER et Yves GAUTIER (dirs.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, 2007, p. 94 ; voir aussi J. DUPONT-LASALLE, « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, 2012, n° 80, p. 62.

[30] A. BARAV, « The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts », *in Judicial Protection of Rights in the Community Legal Order, Symposium of the European Lawyers' Union*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 259-298, p. 260 ; M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale », *op. cit.* ; B. LE BAUT-FERRARÈSE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des états membres*, *op. cit.* ; E. BERNARD, « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », *op. cit.*, p. 93 ; R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *op. cit.* ; L. POTVIN-SOLIS, « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *op. cit.*

[31] E. BERNARD, « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », *op. cit.*, p. 95.

[32] A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, *op. cit*., p. 3. Les auteurs citent l'arrêt CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-101/08, *Audiolux* e. a., Rec. p. I-9823, pt. 63. La Cour de justice déclare en effet, quoiqu'avec une syntaxe maladroite, que « *les principes généraux du droit communautaire se situent au rang constitutionnel* ».

procédurale limitée par l'équivalence et l'effectivité comme le lui suggérait le juge de renvoi, il a été fait application du seul principe de protection juridictionnelle effective[33]. Les critères classiques tels que l'avocat général les recommandait auraient pu conduire à une décision peu exigeante pour le juge de renvoi allemand, alors que l'utilisation du droit au juge par la Cour l'a poussée à reconnaître que le droit de l'Union requérait que l'aide judiciaire soit accordée à une personne morale.

13. Tout le chemin alors tracé par la Cour de justice s'applique à progresser entre injonction faite au juge interne et reconnaissance de sa capacité à régler lui-même un litige à l'aide de ses propres procédures. La jurisprudence de la Cour dans ce domaine est ainsi faite, sans « éclatement, puisque l'Europe est coriace », sans « révolution, puisqu'elle est patiente »[34].

II – De l'autonomie à la compétence procédurale

14. Pourtant, des voix se sont élevées dans la doctrine pour contester l'existence d'une *autonomie procédurale* des États membres, lui préférant la notion de *subsidiarité juridictionnelle*[35] ou de *compétence procédurale*[36], sans que ces deux notions ne s'excluent l'une l'autre. Le constat repose sur une contradiction de l'autonomie procédurale : l'absence dans les traités d'une distinction entre droit substantiel et droit procédural et, *a fortiori*, l'absence de justification de cette autonomie[37]. La Cour de justice emploie malgré tout

---

[33] CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-279/09, *DEB*, Rec. p. I-13849. Le juge rapporteur dans cette affaire était le juge Rosas, qui a pris position dans son ouvrage *EU Constitutional Law. An Introduction*, 2ème éd., Hart Publishing, 2012, p. 272-273. Voir aussi, pour un commentaire détaillé de cet arrêt, P. OLIVER, « Commentaire sous l'arrêt CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-279/09, DEB contre Allemagne », *CMLR*, 2011, n° 48, pp. 2023-2040.

[34] L. VAN MIDDELAAR, *Le passage à l'Europe. Histoire d'un commencement*, traduit par D. CUNIN et O. VANWERSCH-COT, Paris, Gallimard, 2012, p. 10.

[35] Même s'il ne remet pas en question l'autonomie procédurale, le professeur D. Simon a procédé à une étude d'ensemble de la notion de subsidiarité juridictionnelle : D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire ? », *RAE-LEA*, 1998, pp. 84-94.

[36] W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures », *CMLR*, 2000, n° 37 ; cette expression a été reprise et développée par F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 595-629.

[37] Dans son ouvrage, A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, *op. cit.*, p. 272, parle de « malentendu », et il est en ce sens sur la même ligne que M. BOBEK, « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *op. cit.*, p. 305. De même, dans un article consacré à la mise en œuvre du droit au juge en droit interne, le professeur P. Cassia a pu écrire que « il n'y a donc pas, dans le champ d'application du droit communautaire, de principe d' 'autonomie procédurale' des États membres » : P. CASSIA, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 424. Voir enfin l'article de l'ancien juge à la Cour de justice C. Kakouris, publié en anglais puis en français : C. KAKOURIS, « Do the Member States possess judicial procedural autonomy ? », *CMLR*, 1997, pp. 1390-1391 ; et C. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie »

l'expression. Il conviendra de tirer les conséquences du passage d'une *autonomie* à une *compétence* procédurale.

15. Cette relecture du phénomène en droit de l'Union permet de mieux comprendre de quelle manière la marge d'appréciation laissée au juge national est strictement conditionnée par l'intensité de l'environnement normatif. Cet environnement participe à la régulation de l'exercice de la compétence procédurale. Il peut s'agir par exemple de l'état du droit dérivé. La Cour aurait-elle pu déduire de la directive 93/13 une obligation de relever d'office la présence d'une clause abusive contenue dans un contrat conclu avec un consommateur, si celle-ci ne disposait pas que les États membres dussent prévoir « des moyens adéquats et efficaces » pour faire cesser l'utilisation de ces clauses[38] ? La présence d'une telle directive s'apparente à ces contreforts gothiques qui, quoiqu'effilés et fragiles, supportent des murs aussi hauts que robustes. La protection effective des droits des justiciables, sans ces contreforts, ne dépasserait pas les modestes hauteurs romanes. L'environnement normatif permet ainsi de déterminer avec plus ou moins de précision les exigences de l'intérêt général européen[39]. Selon cette logique, la répartition de l'exercice de la compétence procédurale entre la Cour et les juridictions nationales se traduit par l'utilisation alternative des notions d'*équivalence*, de *non-discrimination*, d'*effectivité*, de *protection juridictionnelle effective*, d'*efficacité*, ou simplement en faisant intervenir la seule *primauté* du droit de l'Union, dépourvue de tout intermédiaire. L'ordre établi ici entre ces notions reflète l'utilisation progressive intégrative qu'en fait la Cour de justice, l'équivalence étant le niveau le plus favorable à la marge de manœuvre nationale et la primauté seule donnant au juge les pouvoirs de contrôle les plus larges. Entre ces deux extrémités, l'effectivité apparaît comme un intermédiaire utile à la maximisation de la bonne application du droit de l'Union, mais apparaît tout aussi bien comme un frein à sa primauté absolue[40]. Le placement du curseur de la subsidiarité juridictionnelle dépend alors de l'état du

---

procédurale judiciaire des États membres ? », *in État – Loi – Administration, Mélanges en l'honneur d'E. Spiliotopoulos*, Sakkoulas-Bruylant, 1998, pp. 159-179.

[38] Voir l'arrêt CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, Rec. p. I-10421, pt. 38, à propos de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE*, L 95, 21/4/1993, p. 29. L'article 7, paragraphe 1 de la directive prévoit en effet que « les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ».

[39] Ainsi par exemple, dans l'affaire *Mostaza Claro, op. cit.,* pt. 38, la Cour de justice justifie-t-elle l'obligation du relevé d'office par « *la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs* ».

[40] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford European Union Law Library, 2006, p. 424. Les arrêts CJUE, 26 février 2013, aff. C-617/10, *Aklagaren contre Arkerberg Fransson*, Rec. num., pt. 29 ; et CJUE, 26 février 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, Rec. num., pt. 60, ont le mérite de montrer

droit et tient compte des lacunes normatives avec lesquelles la Cour doit compter. Du côté de la moitié pleine du verre, le curseur de la subsidiarité juridictionnelle se déplace en fonction de l'intensité de l'environnement normatif du cas dont la Cour est saisie. Dans cette optique, il s'agira d'étudier les différents *témoins* de cette intensité normative. Ces *témoins* sont les standards qui permettent à la Cour de justice de déterminer le niveau d'exigences procédurales que le juge national doit respecter. Comme mentionné précédemment, il s'agit des critères d'équivalence, d'effectivité, d'efficacité, d'effet utile, et le droit à une protection juridictionnelle effective. Tous ces éléments ne peuvent être étudiés à la suite, comme une liste qui ne serait que descriptive. Ces principes sont donc classés en fonction à la fois de leur intensité et des rapports qu'ils entretiennent entre eux. De la sorte, nous verrons que face à des critères d'équivalence et d'effectivité qui ne peuvent être qualifiés de principes, et dont les fondements juridiques sont fragiles, le droit à une protection juridictionnelle effective pousse lui à une intégration mieux justifiée.

16. La subsidiarité juridictionnelle propre à l'Union se manifeste aussi par un phénomène ancien mais qui tend à se structurer : l'acceptation de justifications étatiques en cas de non respect du critère d'effectivité. La Cour de justice hésite en effet de moins en moins à prendre en compte des intérêts nationaux légitimes susceptibles de limiter la portée des droits tirés du droit de l'Union[41], reconnaissant de la sorte le « refus des États membres d'abandonner leur étaticité au profit de l'Union européenne »[42]. Il peut s'agir aussi de concilier les nécessités de la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union avec des principes, comme les droits de la défense et la sécurité juridique, qui ont fait une apparition éclatante dans les arrêts *Peterbroeock* et *Van Schijndel* du 14 décembre 1995[43]. Ainsi, par exemple, la Cour de justice recherche-t-elle un « *équilibre entre l'exigence de la sécurité juridique et celle de la légalité au regard du droit de l'Union* »[44], qui pourrait éventuellement justifier[45] une atteinte à l'effectivité. Le vocabulaire

---

qu'effectivité et primauté sont loin d'être des synonymes. Ces deux notions y sont en effet présentées comme étant complémentaires et non corrélatives : « *pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* ».

[41] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 402.

[42] D'après l'expression de D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 23, à propos de l'apparition dans le traité de Maastricht de la notion d'identité nationale en contre-partie d'une intégration politique plus poussée.

[43] CJCE, 14 décembre 1995, aff. C-312/93, *Peterbroeck*, Rec. p. I-4599, pt. 14 ; et CJCE, 14 décembre 1995, aff. jointes C-430/93 et C-431/93, *van Schijndel et van Veen*, Rec. p. I-4706, pt. 19.

[44] CJUE, 4 octobre 2012, aff. C-249/11, *Byankov*, Rec. num., pt. 77.

[45] *Ibid.*, pt. 81.

de la Cour de justice évitant la plupart du temps les mentions de « justification », un parallèle pourrait être fait avec les raisons impérieuses et les exigences impératives d'intérêt général qui se sont épanouies dans les années 1990, dans le domaine des atteintes aux libertés de circulation[46]. À ce titre, l'évocation (peut-être délibérée) d'une « *considération impérieuse de protection de l'environnement* » est de nature à renforcer notre conviction[47]. De même, il y a en matière d'exercice de la compétence procédurale comme un avant-goût de ce que la Cour fera en matière de libre circulation dans l'arrêt *Schmidberger*, qui a ouvert la voie aux justifications tenant aux droits fondamentaux[48].

17. Toute la jurisprudence de la Cour relative à la répartition de la compétence procédurale entre les juridictions nationales et la Cour de justice de l'Union européenne, peut ainsi être regardée à travers le prisme de l'intensité de l'environnement normatif et de l'acceptation progressive des justifications étatiques. Au final, c'est toute la jurisprudence afférente à l'exercice de la compétence procédurale qu'il faut systématiser en fonction de ces paramètres. La partition jouée par la Cour de justice peut alors trouver un ordre à peu près cohérent lorsqu'il s'agit de passer en revue les procédures, les unes après les autres, dont les modalités sont examinées, suivant en cela la classification déjà adoptée par certains auteurs[49]. À l'intérieur de ces procédures, les spécificités dues aux matières auxquelles elles s'appliquent peuvent expliquer certaines variations. Ces matières ne peuvent donc être ignorées totalement, au risque

---

[46] Il est vrai néanmoins que l'apparition en matière de libre circulation des marchandises remonte à l'arrêt CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, Rec. p. 649, pt. 8 ; l'apparition remonte cependant, pour la libre prestation de services, à l'arrêt CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-288/89, *Gouda*, Rec. p. I-4007, pt. 23 ; de même, en matière de liberté d'établissement, l'arrêt CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Dieter Kraus*, Rec. p. I-1663, pt. 32.

[47] CJUE, 28 février 2012, aff. C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, Rec. num., pt. 58.

[48] CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*, Rec. p. I-5694. Il s'agissait alors de justifier par la liberté d'expression une atteinte à la libre circulation des marchandises opérée par la fermeture d'une autoroute, en vue de permettre une manifestation d'opposants à un projet environnemental. Voir A. ALEMANNO, « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts « Schmidberger » et « Omega » », *RDUE*, 2004, n° 4, pp. 709-751 ; R. BINDELS et L. MISSON, « De la licéité d'un éventuel adage : « Circulez, il n'y a rien à dire » ! », *RJL*, 2004, pp. 106-112 ; A. BIONDI, « Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *EHRL Rev.*, 2004, pp. 51-61.

[49] Ainsi que le fait par exemple J.-G. HUGLO, « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France », *JCl Europe*, septembre 2012, fasc. 490 ; ou encore W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures », *op. cit.*, pp. 501-536. Le professeur D. Simon procède en quelque sorte à la même classification dans son manuel *Le système juridique communautaire*, PUF, 2003, pp. 418 et s., lorsqu'il traite des conséquences de la primauté dans le cadre du contentieux dit de la deuxième génération. Il traite ainsi successivement la protection juridictionnelle effective, le relevé d'office, la répétition de l'indu puis la responsabilité de l'État membre pour violation du droit communautaire.

de perdre l'intérêt que la Cour de justice porte à la structure et à la force du cadre normatif de l'Union européenne. Une matière faiblement transférée comme la politique sociale ne peut en effet avoir les mêmes répercussions sur l'exercice de la compétence procédurale que la régulation des aides d'États. Une étude par matières aurait pu sembler *a priori* plus adaptée, car elle aurait eu le mérite de faire prendre conscience de la cohérence des exigences de la Cour en fonction de la spécificité de chacune d'elle, avec son intensité normative propre. Néanmoins, si cette logique sera présente dans notre recherche, le point de départ ne peut être que la classification par procédure, car c'est là que les transversalités apparaissent le plus nettement. D'autres indices de l'intensité normative ont une influence, comme la nature des rapports entre la Cour de justice et le juge national, ou encore la prise en compte de l'identité nationale des États membres. Ainsi, ni l'étude par matière ni l'étude par procédure n'est entièrement satisfaisante, mais il apparaît que c'est cette seconde qui offre la meilleure vision de la cohérence de la jurisprudence de la Cour de justice. Le point de départ sera donc la classification par procédure, en intégrant des matières lorsque cela sera justifié.

18. Il ne faut pas perdre de vue non plus que la répartition de la compétence procédurale ressort essentiellement de l'application par les juges nationaux, dès lors qu'ils participent à l'ordre judiciaire de l'Union européenne[50]. Il convient alors, comme l'écrivait le professeur O. Beaud, « rendre compte à la fois du point de vue du droit communautaire et de celui du droit national »[51]. Il convient donc de se reporter à la réception qu'ils en font. Pour reprendre une expression de l'âge industriel, les juges internes sont en quelque sorte les ouvriers d'exécution du droit de l'Union, et la jurisprudence de la Cour de justice dans ce domaine serait vaine s'ils n'en faisaient pas une application rigoureuse. La question n'est pas théorique, car comme le dit J. Dupont-Lassalle, l'attitude des juges nationaux est un des risques que la subsidiarité juridictionnelle fait courir à l'intégration[52].

19. Il faudra donc rechercher si le juge de droit commun du droit de l'Union s'est saisi de la grille d'analyse de la Cour, en étudiant plus précisément la jurisprudence interne. Surtout, l'objectif de l'intégration du juge national à cette recherche est d'insister sur la notion de partage du pouvoir entre les juges. La mécanique préjudicielle mais aussi, dans une moindre mesure, le

---

[50] R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *CDE*, 1977, pp. 230-244, spéc. p. 234 ; voir aussi, de façon générale C. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », *in État – Loi – Administration, Mélanges en l'honneur d'E. Spiliotopoulos*, Sakkoulas-Bruylant, 1998, pp. 159-179.

[51] O. BEAUD, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits*, 1991, n° 14, p. 14.

[52] J. DUPONT-LASALLE, « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*, spéc. pp. 53-59.

dialogue non institutionnalisé, permettent au juge de prendre toute sa part dans les débats entourant la construction des notions et des obligations afférentes aux modalités procédurales nationales. L'intérêt de parler de *compétence* procédurale et non pas d'*autonomie* a pour objectif, à l'égard du juge national, de sortir le juge français de sa torpeur sur ces questions et de saisir les possibilités qui lui sont offertes d'intégrer les grands débats procéduraux contemporains. Sans cet activisme persuasif, le juge français risque de voir d'autres juridictions nationales influencer sans lui les orientations de la Cour de justice, alors que c'est une pratique qu'il maîtrise dans d'autres domaines[53].

20. Le choix d'un seul État membre se justifie pour plusieurs raisons. Tout d'abord, une étude réellement exhaustive nécessiterait de prendre en compte l'ensemble des 28 États membres, ce qui obligerait à déborder largement le cadre temporel imposé par notre étude. Ce travail, de surcroît, ne pourrait qu'être l'œuvre d'un travail de recherche collectif pour surmonter la barrière linguistique, car si « la langue de l'Europe, c'est la traduction » d'après la formule d'Umberto Eco, les limites pratiques inhérentes au travail doctoral interdisent une telle ambition. La conséquence directe de ce constat est l'impossibilité de couvrir un nombre réduit d'États membres. Il serait en effet difficile de justifier le choix de quelques ordres juridiques sinon par la connaissance de la langue, ce qui ne saurait être un critère valable pour un exercice de systématisation en dehors de toute méthode comparatiste. Le souci de justification ne doit pas anéantir cependant un des objectifs de l'étude, qui est de saisir la complexité du travail de la Cour de justice du fait de ses rapports avec le juge interne, dans le domaine de la compétence procédurale de l'État membre. Le choix de la France comme champ territorial est donc justifié simplement par le lieu dans lequel la recherche est entreprise, lieu d'acclimation de nos travaux dont les spécificités sont sans doute mieux appréhendées que celles des autres ordres juridiques. D'autres travaux ont pu déjà surmonter ce souci méthodologique, en liant de façon explicite leur recherche au cas spécifique de la France[54]. La

[53] Par exemple, c'est pour enlever à la Cour de cassation son monopole de l'application de l'article 6, paragraphe 1 CEDH aux procédures administratives que le Conseil d'État a, dans l'arrêt CE, 3 décembre 1999, req. n. 207434, *Didier*, lui aussi étendu le champ de cet article, et devenir enfin audible sur ce terrain, comme l'a expliqué le conseiller d'État M. Guyomar lors d'une conférence à l'École de droit de la Sorbonne, le 4 mars 2015. Pour mémoire, la Cour de cassation avait considéré, dans l'arrêt C. cass., 5 février 1999, *Oury*, Bull. A. P. n. 1 p. 1, que la Commission des opérations de bourse devait être soumise au respect de l'article 6, paragraphe 1 CEDH relatif aux exigences du procès équitable.

[54] Ce fut le cas notamment du travail de recherche d'E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 289 p ; on peut citer également, pour un travail plus ancien, P. H. TEITGEN,

nécessité d'une justification se fait donc ici moins pressante, car cette étude n'a pas pour vocation de prendre un cas national à part et d'en tirer un travail de recherche qui permettrait de qualifier les rapports entre juges, mais plutôt de donner simplement un exemple de réception de la jurisprudence de la Cour de justice.

21. Par conséquent, l'étude de la jurisprudence française suivra la méthode adoptée pour la systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice, c'est à dire une analyse par procédure, à l'intérieur desquelles des matières pertinentes pourront être isolées. Il faut de prime abord remarquer que les questions procédurales relevées dans les arrêts de la Cour de justice ne sont pas toutes pertinentes du point de vue du droit français. Si on ne compte que douze renvois préjudiciels de la part des juges français en matière d'exercice de la compétence procédurale, dont trois seulement venant des juridictions de l'ordre administratif[55], le problème de la systématisation est le même que pour la jurisprudence de la Cour de justice, mais dans un sens radicalement opposé : il y a trop peu de renvois pour pouvoir tirer des enseignements tangibles de la pratique des juges français. Bien évidemment, les juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire font application de la grille d'analyse de la Cour de justice, mais c'est généralement sans opérer un renvoi en interprétation. Or, cette jurisprudence-là concerne essentiellement les problématiques déjà portées par elles devant la Cour de justice de l'Union européenne. Nous proposons donc d'aborder le cas de la jurisprudence française à chaque fois qu'elle sera concernée, *a fortiori* lorsque des divergences d'interprétation existent lors de l'étude par procédures devant la Cour de justice dans la dernière partie.

L'application du droit communautaire par les juridictions françaises : leçons données les 28 et 29 janvier 1965, Bruxelles, Clarence Denis, 1965, 24 p.

[55] Il faut noter en premier lieu l'unique renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel et touchant par la même occasion à l'exercice de la compétence procédurale des États membres, dans l'affaire CJUE, 30 mai 2013, aff. C-168/13 PPU, *Jeremy F.*, Rec. num. ; sur renvoi du Conseil d'État, peuvent être notamment cités les deux arrêts CJCE, 3 novembre 2010, aff. C-1/09, *CELF II*, Rec. p. I-2099, et CJUE, 15 septembre 2011, aff. C-310/09, *Accor SA*, p. I-8115 ; sur renvoi de la cour administrative d'appel de Nantes, l'arrêt CJUE, 20 mai 2010, aff. C-210/09, *Scott SA et Kimberly Clark c. Ville d'Orléans*, Rec. p. I-4613. Sur renvoi de la Cour de cassation, on trouve notamment les arrêts CJCE, 25 février 1988, aff. jointes 331/85, 376/85 et 378/85, *Bianco et Girard*, Rec. p. 1099, CJCE, 6 juin 2002, aff. C-159/00, *Sapod Audic contre Eco-Emballage*, Rec. p. I-5057, CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-526/04, *Laboratoires Boiron*, Rec. p. I-7529, CJUE, 22 juin 2010, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, Rec. p. I-5667, ainsi que CJCE, 12 avril 2011, aff. C-235/09, *DHL Express contre Chronopost*, Rec. p. I-2801 ; sur renvoi de tribunaux de grande instance on trouve l'arrêt CJCE, 15 octobre 1987, aff. 222/86, *Heylens*, Rec. p. 4097, sur renvoi du tribunal de grande instance de Lille, et l'arrêt CJCE, 28 novembre 2000, aff. C-88/99, *Roquette Frères*, Rec. p. I-10481, sur renvoi du tribunal de grande instance de Béthune ; et sur renvoi de tribunaux d'instance, l'arrêt CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis SA*, Rec. p. I-10875, sur renvoi du tribunal d'instance de Vienne, et l'arrêt CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Rampion*, Rec. p. I-8017, sur renvoi du tribunal d'instance de Saintes.

III – Un champ matériel élargi

22. Délimiter le champ de la recherche nécessite de montrer en quoi le passage conceptuel de l'*autonomie* procédurale à la *compétence* procédurale élargit le champ matériel de la jurisprudence de la Cour de justice. La délimitation de la jurisprudence traitant de la compétence procédurale des États membres n'est pas simple pour deux raisons. D'abord, la Cour ne nomme que rarement *l'autonomie procédurale*, qui constitue le premier marqueur de notre recherche. À notre connaissance, la Cour a jusqu'à aujourd'hui utilisé ce terme dans son appréciation à peu de reprises par rapport au volume d'affaires entrant dans le champ du sujet. Néanmoins, la vue d'ensemble est trompeuse car en réalité, la Cour de justice n'a commencé à nommer l'autonomie procédurale que tardivement et de façon sporadique, avant de systématiser la référence. Il s'agit en premier lieu de l'arrêt *i-21 Germany et Arcor AG* du 19 septembre 2006[56], puis, après l'arrêt *Olimpiclub* du 3 septembre 2009, toute une série d'autres décisions[57]. Or, elle nomme bien plus souvent les critères directeurs que sont l'équivalence et l'effectivité. Par conséquent, la recherche des arrêts pertinents doit avant tout se fonder sur ceux mettant en œuvre ces deux critères. Entrer les mots-clés sur le moteur de recherche du site internet de la Cour de justice permet déjà de faire un premier état des lieux : ce sont plus de 180 arrêts qui font référence à l'un, à l'autre ou aux deux critères[58], étant entendu que le critère d'effectivité a été nommé pour la première fois dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur* en 1996[59], et le critère

---

[56] *i-21 Germany et Arcor AG*, *op. cit.* pt. 57.

[57] Sans être exhaustif, peuvent être citées les décisions suivantes : CJCE, 3 septembre 2009, aff. C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, Rec. p. I-7501, pt. 24 ; CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, Rec. p. I-9579, pt. 38 ; CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, Rec. p. I-2673, sans que toutefois la Cour applique dans cet arrêt la grille d'analyse du principe, ne le nommant que pour rappeler l'autonomie des juridictions nationales pour la détermination des modalités d'exécution des obligations résultant de marchés publics de travaux ; CJUE, 7 décembre 2010, aff. C-439/08, *VEBIC*, Rec. p. I-12471, pt. 62 ; CJUE, 18 octobre 2011, aff. jointes C‑128/09 à C‑131/09, C‑134/09 et C‑135/09, *Antoine Boxus*, Rec. p. I-9711, pt. 52 ; CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-94/10, *Danfoss*, Rec. num., pt. 25 ; *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, *op. cit.*, pts 45 et 47 ; CJUE, 15 mars 2012, aff. C-292/10, *G contre Cornelius de Visser*, Rec. num., pt. 45 ; CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español des Credito*, Rec. num., pt. 46 ; CJUE, 12 juillet 2012, aff. jointes C-608/10, 10/11 et 23/11, *Südzucker*, Rec. num., pt. 62.

[58] Recherche par mot-clé sur le site internet www.curia.eu à jour du 30 avril 2015. Les mots-clés utilisés sont : « principe d'équivalence », « principe de l'équivalence », « principle of equivalence », « principe d'effectivité », « principle of effectivity », après quoi un tri a été effectué pour écarter les cas non pertinents. Les documents recherchés sont des arrêts publiés et non publiés au Recueil, ainsi que des ordonnances publiées et non publiées au Recueil.

[59] CJCE, 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, Rec. p. I-1029, pt. 95. La Cour y écrit que « *subordonner la réparation du dommage à l'exigence d'une constatation préalable par la Cour d'un manquement au droit communautaire imputable à un État membre serait contraire au principe d'effectivité du droit communautaire* ». Voir J. BOULOUIS, *Gaz. Pal.*, 1996, pp. 1461-1466 ; L. DUBOUIS, *RFDA*, 1996, pp. 583-595 ; N. EMILIOU, « Shedding More

de l'équivalence dans l'affaire *Palmisani* en 1997[60]. Il faut tout de suite relever que la progression de la fréquence de son utilisation augmente plus rapidement que le nombre total d'affaires traitées par la Cour de justice, ce qui montre que la simple inflation des requêtes ne suffit pas à expliquer le phénomène[61].

23. Outre ces statistiques sur les rapports entre le total des arrêts rendus et le total de ceux nommant équivalence ou effectivité, serait-ce donc à dire que lesdits critères n'avaient pas reçu d'application auparavant ni en dehors de la traditionnelle formule ? La réponse étant de toute évidence négative, la seule prise en compte des termes « principe d'équivalence »[62] ou « principe d'effectivité » ne peut suffire à une étude exhaustive. La formule incantatoire que la Cour utilise depuis les arrêts *Rewe* et *Comet* – « *ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire* »[63] – signale, telles des balises lumineuses à l'entrée du chenal, les cas pertinents dans lesquels l'étude peut et même doit s'aventurer. Il faut donc recompter. Depuis 1976 et la naissance de la formule, plus de deux cents arrêts et ordonnances l'ont utilisée.

24. Mais est-ce encore suffisant ? Que dire d'une affaire par exemple telle celle ayant donné lieu à l'arrêt *Océano Grupo*, dans laquelle les rapports entre droit substantiel de l'Union et droit procédural interne sont au cœur de la problématique ? La Cour de justice était confrontée à la clause d'un contrat liant un éditeur espagnol à son client final, attribuant la compétence de juridiction au juge du siège social de l'éditeur. Le juge de première instance de Barcelone se demande alors s'il peut soulever d'office la contrariété de cette clause avec la directive

---

Light on the Francovich Principle? », *ELR*, 1996, pp. 399-411 ; P. FOUBERT, *CJEL*, 1996, pp. 359-372 ; P. OLIVER, *CMLR*, 1997, pp. 635-658 ; A. RIGAUX, « Le roi peut mal faire en droit communautaire... », *Europe*, mai 1996, pp. 1-6.

[60] CJCE, 10 juillet 1997, aff. 261/95, *Palmisani / INPS*, Rec. p. I-4025, pt. 27.

[61] Avec une moyenne de deux arrêts par an sur les cinq années qui ont suivi l'affaire *Brasserie du Pêcheur*, passant à une moyenne de vingt par an sur les cinq dernières années, la progression a été de 600 %. L'inflation des affaires traitées par la Cour, elle, n'a été que de 25 % sur la même période.

[62] Parfois écrit « principe de l'équivalence » par la Cour, voir par exemple les affaires *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 27 ; CJCE, 1 décembre 1998, aff. C-326/96, *Belinda S. Levez*, Rec. p. I-7835, pt. 18 ; CJCE, 21 janvier 1999, aff. C-120/97, *Upjohn Ltd*, Rec. p. I-223, pt. 32 ; CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage et Crehan*, Rec. p. I-6297, pt. 29 ; CJCE, 11 septembre 2003, aff. C-13/01, *Safalero*, Rec. p. I-8679, pt. 49 ; CJCE, 17 juin 2004, aff. C-30/02, *Recheio – Cash & Carry SA*, Rec. p. I-6051, pt. 17 ; CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06, *Kempter*, Rec. p. I-411, pt. 57 ; CJCE, 13 avril 2010, aff. C-91/08, *Wall*, Rec. p. I-2815, pt. 64 ; CJUE, 12 mai 2011, aff. C-115/09, *Trianel*, Rec. p. I-3673, pt. 43 ; CJUE, 19 mai 2011, C-452/09, *Tonina Enza Iaia*, Rec. p. I-4043, pt. 16 ; CJUE, 8 septembre 2011, aff. jointes C-89/10 et C-96/10, *Q-Beef*, Rec. p. I-7819, pt. 32, ce dernier arrêt employant indifféremment les deux écritures au point 34.

[63] Par exemple *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 12.

93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Pour répondre à cette question, la Cour de justice ne passe pas par la voie habituelle des principes d'équivalence et d'effectivité. Cependant, il s'agit bien ici d'une collision indirecte, entre un droit protégé par l'Union européenne et une procédure juridictionnelle d'un État membre, et il semble par ailleurs que la doctrine range cet arrêt dans ceux réduisant l'autonomie des États en matière de procédure[64]. L'atteinte à la procédure interne n'est pas contestable ici, car le juge de l'Union va donner la possibilité au juge national d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat qui lui est soumis lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande[65]. Ce type de problématique sera repris plus tard par la Cour, sur le fondement de la même directive, et en utilisant cette fois le test équivalence/effectivité, dans l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*[66], et alors même que pour des faits qui s'en rapprochent encore plus dans l'affaire *Mostaza Claro*[67], le double test avait été seulement rappelé, mais pas traité. Ces arrêts ne peuvent certainement pas être laissés de côté, et doivent être intégrés pleinement au corpus et y acquérir la même crédibilité que les autres arrêts[68].

25. En résumé, depuis la naissance de la jurisprudence de la Cour, deux phases peuvent être isolées : tout d'abord, les années 1960-1980, pendant lesquelles peu d'arrêts sont rendus, souvent aucun, avec une augmentation à partir de 1980. Ce frémissement perdure jusqu'aux années 1990, et plus particulièrement jusqu'en 1995, année où les arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel* provoquent de nombreuses réactions en doctrine, qui y voit un recul de la condition d'effectivité de l'application du droit communautaire[69]. Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si ce n'est qu'un peu plus d'un an plus tard, dans l'arrêt *Palmisani*, que la Cour nomme explicitement pour la première fois ce « principe d'effectivité »[70]. À partir de 1995 donc, le nombre de cas ne cesse de croître, pour atteindre entre vingt et trente cas par an depuis 2010[71].

---

[64] P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU law : texts, cases and materials*, Oxford University Press, 2011, p. 322.
[65] CJCE, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo*, Rec. p. I-4941, pt. 26.
[66] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pts 47 à 54.
[67] CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, *Rec*. p. I-10421, pt. 24.
[68] Un nouveau comptage fait ainsi apparaître plus de 300 arrêts, si on y inclut ceux intervenus avant 1976 et qui témoignent d'une collision indirecte.
[69] *Peterbroeck*, *op. cit.* ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.* ; F. J. ROLDÁN BARBERO, « Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (Comentario a las Sentencias des TJCE van Schijndel y Peterbroeck de 14 diciembre de 1995) », *Revista de Instituciones Europeas*, 1996 ; D. SIMON, « Chronique de jurisprudence communautaire », *JDI*, 1996, vol. 2.
[70] *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 27.
[71] Dans le détail, même si ces déscomptes ne peuvent être exhaustifs et restent donc approximatifs, de 1960 à 1987, le nombre d'affaires entrant dans le champ de la recherche oscille entre 0 et 1, avec toutefois trois affaires en 1968, et huit en 1980. De 1988 (quatre arrêts) à 1994, la variation s'étend entre

26. En définitive, avant de proposer une nouvelle lecture du phénomène de la subsidiarité juridictionnelle, il faut en jeter les bases, et expliquer en quoi il n'y a pas d'*autonomie* procédurale des États membres, mais une *compétence* procédurale dont l'exercice est réparti par la Cour de justice entre elle-même et le juge national (**Chapitre introductif**). Les fondements ainsi scellés, l'analyse montrera que cette compétence est encadrée de façon protéiforme, par les critères d'équivalence et d'effectivité, d'une part, et par le droit à une protection juridictionnelle effective, d'autre part (**Partie I**). Il s'agira ensuite de démontrer que le désencadrement apparent de la compétence procédurale, résultant de la prise en compte par la Cour d'éléments hétérogènes révélateurs des tensions propres à la subsidiarité juridictionnelle, est en réalité bien maîtrisé par la Cour de justice (**Partie II**).

Chapitre introductif – L'absence d'autonomie : l'affirmation d'une compétence procédurale

Partie I – Un encadrement protéiforme de la compétence procédurale

Partie II – Un désencadrement maîtrisé de la compétence procédurale

1 et 5 cas. 1997, année de deux importants arrêts (*Peterbroeck*, *op. cit.*, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*), a vu 7 arrêts entrer dans le champ de la recherche, puis 8 en 1998, 14 en 2003, 18 en 2006, 31 en 2010, sans que par la suite le nombre d'affaires déscende en dessous de 20 par an. En 2015, au 30 avril, une dizaine d'affaires ont été traitées qui entrent dans le champ de la recherche.

CHAPITRE INTRODUCTIF – L'ABSENCE D'AUTONOMIE : L'AFFIRMATION D'UNE COMPÉTENCE PROCÉDURALE

27. Les modalités procédurales internes relèvent du régime de répartition des compétences entre l'Union et les États membres, et non de celui de leur autonomie. Cela s'explique par le fait que la répartition des compétences entre les États membres et l'Union, telle qu'opérée par les traités, ne distingue pas la compétence procédurale de la compétence substantielle. Les pouvoirs qui sont transférés comprennent en effet ces deux volets, indissolublement liés. Le droit primaire de même que le droit issu des traités permettent de déceler ce caractère entier de la compétence. L'*autonomie procédurale* des États membres est ainsi plus un apophtegme qu'une réalité générale, venue de la doctrine et intégrée par la Cour de justice, qui a fonctionné comme un « jardin d'acclimatation »[72]. Sans doute doit-elle être, au mieux, considérée comme circonscrite à une part seulement des conflits indirects entre droit substantiel de l'Union et droit procédural national[73], mais plus certainement est-elle en fait un épouvantail dont on aurait découvert le subterfuge. Il est alors nécessaire de s'éloigner de toute logique nominaliste, qui reviendrait à dire qu'une chose existe dès lors que le mot qui la désigne existe lui-même[74]. Si les rapports entre la Cour de justice et les juridictions nationales s'établissent selon une répartition des compétences en matière procédurale, et non selon un principe d'autonomie, restreint par occasion par la même Cour de justice, alors des conséquences peuvent en être tirées. Ces conséquences, visibles dans le droit dérivé et dans la jurisprudence permettent, il nous semble, de mieux expliquer les mouvements prétoriens dans l'encadrement des modalités procédurales nationales.

28. L'Union étant compétente pour légiférer en matière procédurale, plusieurs directives et règlements ont été adoptés, qui concernent par exemple les marchés publics, l'environnement, ou encore la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Cependant, le choix du législateur, le plus souvent, est de laisser aux États membres le soin de prévoir les modalités de mise en œuvre judiciaire du droit de l'Union, créant alors des lacunes

---

[72] Nous empruntons cette expression à F. CHÉNÉDÉ, *Droit de la famille*, n° 7, 2013, doss. 27, en matière de réforme des régimes matrimoniaux.

[73] Pour des développements sur la notion de conflit indirect, issu de la doctrine allemande, voir E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, *op. cit.*

[74] Dans une de ses contributions, le juge D. Edward parle même, à propos de l'effet direct, de « nominalist fallacy » : « Direct effect: myth, mess or mystery? », *in* J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 3.

procédurales. Ces lacunes permettent aux États membres de conserver par défaut l'exercice de la compétence procédurale, dans un système judiciaire à deux branches, composé de la Cour de justice et des juridictions nationales[75]. Il revient alors à la Cour de justice, en utilisant le principe régulateur qu'est la subsidiarité juridictionnelle, de déterminer le lieu d'exercice de la compétence procédurale entre elle-même et les juridictions nationales, exercice qu'elle habille de l'expression « autonomie procédurale ». Systématiser ainsi l'intensité de la protection due aux particuliers est une opération difficile[76], sinon impossible, tant le positionnement du curseur dépend de nombreuses considérations.

29. La méthode suivie consiste à reconnaître que les fondements en droit écrit de la compétence procédurale sont univoques sur la question de l'absence d'une autonomie procédurale des États membres (**Section 1**), avec pour conséquence que l'action de la Cour de justice dans ce domaine est nécessairement une expression de la subsidiarité juridictionnelle, propre au régime de l'exercice des compétences (**Section 2**).

[75] G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 45.
[76] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 447.

Section 1 – Un droit écrit univoque

30. Le droit écrit, c'est-à-dire, dans notre étude, tant le droit primaire que le droit dérivé des traités, est univoque sur l'absence d'autonomie procédurale des États membres. Pourtant, la notion d'autonomie procédurale domine dans la doctrine depuis les années 1990, et est désormais acquise dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi, si nous voulons, en élargissant le contenu de la notion, lui substituer celle de compétence procédurale, il est nécessaire de remonter à la source du droit de l'Union, jusqu'à toucher au commencement des Communautés. Ce travail, qui s'attache donc à regarder d'abord le droit primaire, dans le respect de la hiérarchie des normes européennes, montrera que la répartition des compétences entre les États membres et l'Union, si elle a subi de profondes mutations, a tout au long de son histoire conservé un caractère particulier : les compétences sont toujours envisagées entières, la répartition telle qu'elle ressort des traités ne permettant de distinguer que des domaines (I), c'est-à-dire qu'elles contiennent les pouvoirs normatifs et d'exécution aussi bien substantiels que procéduraux. Par conséquent, si la procédure peut être considérée comme une compétence qui serait, au même titre que la substance, répartie entre l'Union et les États membres, alors il faut étudier l'exercice de cette compétence. L'exercice normatif constitue la démonstration de l'existence de la compétence, et le droit dérivé joue un rôle déterminant (II) car il permet de confirmer la qualification de *compétence* en lieu et place d'une *autonomie*.

I – Une répartition par domaines dans les traités

31. Les traités, depuis ceux de Rome en 1957, ont organisé une répartition de compétences entre les États membres, d'une part, et la Communauté puis l'Union, d'autre part. Bien que cette répartition fût loin d'être explicite en 1957, et qu'il ait fallu attendre le traité de Lisbonne cinquante ans plus tard pour disposer d'une liste de compétences, les pouvoirs attribués concernaient des *domaines* au sens large. La répartition ainsi opérée distribue des compétences dites entières (A), qui ne distinguent pas pouvoir substantiel et procédural. Cette idée est renforcée par la discrétion des traités, depuis 1957, sur les questions spécifiquement procédurales (B) qui ne bénéficient donc pas d'un régime dérogatoire par rapport aux questions substantielles.

A. La répartition de compétences entières

32. Les traités organisent la répartition de compétences entières, c'est-à-dire que ces compétences comprennent les pouvoirs normatifs pour les questions tant substantielles que procédurales (2), au sein d'un système général de répartition des compétences déjà largement étudié (1).

1. Le système général de répartition des compétences

33. Pendant plus de cinquante ans, en tentant de déchiffrer la jurisprudence pragmatique de la Cour sur la répartition des compétences[77], qui elle-même s'essayait à combler le « mutisme conventionnel »[78] auquel les rédacteurs des traités avaient assigné la Communauté, la doctrine a élaboré non pas une, mais plusieurs théories de répartition des compétences. Une de ces systématisations effectuée par K. Lenaerts et P. van Ypersele prévoit la distinction entre compétences exclusives et compétences non exclusives. Les premières peuvent par ailleurs être exclusives par nature[79] ou par exercice[80]. Cet effort de classification pourvu en 1994 a amené d'autres auteurs à souligner l'importance que revêt l'exercice des compétences dans l'analyse du partage des titres, malgré l'intangibilité de ce partage[81], y compris après la clarification

---

[77] Voir en premier lieu les travaux de V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes : contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, Paris, LGDJ, 1974, 492 p ; K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *CDE*, 1994, p. 3-83 ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, p. 97-194 ; P. PESCATORE, « Les répartitions de compétences entre la Communauté et ses États membres », *in La Communauté et ses États membres, Actes du 6ème colloque de l'IEJE*, La Haye, M. Nijhoff, 1973, pp. 61-93 ; et aussi de D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 127-173 ; voir également K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes-Bruxelles, NSakkoulas-Bruylant, 1999, 876 p ; E. D. CROSS, « Pre-emption of member state law in the European Economic Community: a framework for analysis », *CMLR*, 1992, vol. 30, p. 447-472 ; J.-V. LOUIS, « Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres », *Revue d'intégration européenne*, 1979, n° 3, p. 355-374.

[78] L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée, Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *RGDIP*, 2006, p. 378 ; cette répartition des compétences peut en effet être considérée comme seulement implicite : J.-V. LOUIS, « Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres », *op. cit.*, p. 359.

[79] K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *op. cit.*, p. 14 : « Lorsque les objectifs ou les actions, délimitant une compétence de la Communauté, sont précisés dans le traité de telle façon que toute action des États membres y serait nécessairement contraire, la compétence en cause est exclusive par nature, en ce sens que c'est le traité lui-même qui exclut la compétence des États membres ».

[80] *Ibid.* p. 20 : « Lorsque la Communauté agit en usant de ses pouvoirs, elle exclut dans la mesure de son action la compétence des États membres, qui perdent donc la possibilité de faire une usage contraire de leurs pouvoirs. La Communauté, par l' "exercice" de ses pouvoirs, augmente ainsi des compétences "exclusives". »

[81] V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, pp. 353 et suiv.

forcée opérée par le Traité de Lisbonne dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'adoption d'une législation toujours plus précise peut parfois mener à ce que le législateur se retrouve dans une situation de préemption d'un domaine, lui-même attaché à une compétence[82]. De même, en dehors du champ d'application du droit de l'Union, tout État membre ne peut adopter de règle qui porterait atteinte à ce droit[83]. Dans cette veine, le juge S. Prechal a étudié l'effet spécifique des principes généraux du droit sur la répartition des compétences, en constatant que ces principes n'imposaient pas seulement des obligations « négatives » mais pouvaient créer des obligations « positives »[84], modifiant alors l'exercice des compétences législatives par leurs titulaires[85].

34. Ces exercices de systématisation, comme le résume le professeur L. Burgorgue-Larsen, peuvent être classés en deux grandes familles, qui ne préjugent pas des différences parfois subtiles qu'elles accueillent en leur sein[86]. Il y a tout d'abord la famille des « grands ensembles », dans laquelle les auteurs ont fait émerger jusqu'à trois compétences : les compétences exclusives de l'Union, les compétences partagées[87] et, pour certains, les compétences complémentaires aux États membres[88]. À côté de cette classification, il y a celle portée par un autre courant doctrinal, et qui vise à faire reconnaître que la réalité des pouvoirs dans l'Union est plus complexe, et qu'il existe des degrés de transfert des compétences qui sont fonction non seulement du titre, mais aussi de l'exercice qui en est fait par l'Union[89]. Cette méthode permet le mieux de décrire le traitement de la compétence procédurale, sur lequel nous reviendrons. La *classification des classificateurs* n'est pas devenue vaine malgré l'effort remarqué du Traité de Lisbonne, qui a permis de se rapprocher de la « méthode

---

[82] S. PRECHAL, « Competence Creep and General Principles of law », *Rev. Eur. Adm. L.*, 2010, n° 1, p. 5, qui évoque également l'utilisation d'instruments de « soft law » ou de la méthode ouverte de coordination.

[83] Voir par exemple l'affaire CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation contre Viking Line*, Rec. p. I-10779.

[84] S. PRECHAL, « Competence Creep and General Principles of law », *op. cit.*, p. 14.

[85] *Ibid.*, p. 16. L'auteur mentionne par exemple le jeu du principe de non-discrimination ou de l'obligation de garantir le droit de propriété lors de la transposition des directives, et ses effets sur les obligations pesant sur le droit interne.

[86] L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée, Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *op. cit.*, pp. 373-390.

[87] K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union,* Thomson, 2005, pp. 95-100 ; elles sont parfois appelées « concurrentes » : J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LGDJ, 2002, p. 487.

[88] C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, 5ème éd., 2013, p. 296 ; G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10e éd. 2013, p. 41-44.

[89] V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, p. 97-194 ; et D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 146 et s.

constitutionnelle », car il ne verse pas pour autant la méthode fonctionnelle[90] aux archives de l'histoire de l'intégration. La technique qui a voulu que soient répertoriées des compétences exclusives limitées, des compétences partagées dont la liste est laissée ouverte, et des compétences de complément et d'appui, tout en maintenant une « clause de passerelle » qui permet d'élargir le champ d'intervention de l'Union[91], fait que, par le jeu de la préemption, des compétences partagées peuvent encore tomber dans le champ des compétences exclusives « par exercice »[92]. Le caractère évolutif des compétences et de l'étendue des pouvoirs de chacun pour en accomplir l'exercice demeure donc, inexorablement[93].

35. La méthode fonctionnelle a permis à la Cour de justice de donner à l'Union les compétences nécessaires à la réalisation des missions et objectifs qui étaient contenus dans les articles 2 et 3 du traité instituant la Communauté européenne. Comme le souligne le professeur V. Michel dans sa thèse, le « fil directeur » de la répartition prétorienne des compétences est *l'intérêt communautaire*[94]. Ainsi, l'action de l'Union s'est constamment élargie, sous l'effet de l'exercice de plus en plus large des compétences par ses institutions, plus que grâce au transfert

---

[90] La méthode constitutionnelle est celle qui prévaut dans les États composés (États fédéraux ou États régionaux), dans lesquels une claire répartition par matières des compétences est opérée par la Constitution, L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée, Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *op. cit.*, p. 379, sous n.d.b.p. 18. La méthode fonctionnelle est celle qui permet d'attribuer des compétences en fonction de « l'intensité des pouvoirs dévolus aux institutions communes », V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, p. 55.

[91] art. 48, paragraphe 7 TUE (ex art. 308 CE). Cet article permet de mettre en place la procédure législative ordinaire, sur décision à l'unanimité du Conseil, dans tous les domaines relevant du TFUE ainsi que de la politique de sécurité et de défense communes, C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Lexis Nexis, 5ème éd., 2013, p. 448. Par exemple, c'est l'ex. art. 308 CE qui avait permis à la Cour de justice d'établir l'extension des compétences externes de la Communautés : voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 142, à propos de l'affaire CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70, *Commission c. Conseil (AETR)*, Rec. p. 263.

[92] V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, pp. 406-407. Voir aussi G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10e éd. 2013, p. 85. La Cour de justice a cette formule univoque dans l'avis CJCE, 19 mars 1993, avis 2/91, *Convention n° 170 de l'OIT*, Rec. p. I-1061 : « *le caractère exclusif ou non de la compétence de la Communauté ne découle pas seulement des dispositions du Traité, mais peut dépendre également de l'étende des mesures prises par les institutions communautaires pour l'application de ces dispositions et qui sont de nature à priver les États membres d'une compétence qu'ils pouvaient exercer auparavant à titre transitoire* ».

[93] Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne a en effet organisé « la 'renationalisation' des compétences » en son article 2, paragraphe 2, qui prévoit que « les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne », G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10e éd. 2013, p. 86. De même, le professeur D. Simon rappelle que « la répartition des compétences n'est pas statique, mais se transforme au fil du temps, soit du fait des révisions formelles des traités constitutifs, soit du fait des évolutions générées par la pratique, le cas échéant entérinées par la jurisprudence de la Cour de justice », D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 130.

[94] V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, p. 192.

des titres. À cela s'ajoute la distinction entre les matières du droit de l'Union, qui ont la même circonférence que ses compétences, et son champ d'application, bien plus étendu. Le professeur L. Azoulai écrit ainsi que « le champ d'application du droit de l'Union excède le domaine des matières dans lequel l'Union s'est vue attribuer une compétence. En dissociant l'existence de compétences appartenant à l'État de l'exercice de ces compétences, la Cour légitime l'application du droit de l'Union à tout domaine qui ne relève pas *a priori* du champ d'intervention de l'Union »[95]. Cette technique permet d'appliquer le droit de l'Union dans des domaines exclus des titres de compétence de l'Union, comme par exemple le droit militaire[96], ou l'éducation[97], même si le débat sur cette question n'est certainement pas clos[98].

36. Ce champ large de l'application du droit de l'Union, qui surpasse nettement celui de ses compétences, ne désactive pas pour autant toute compétence de l'État membre. Il faut rappeler que la compétence de l'Union, qui est un titre permettant d'agir grâce à des pouvoirs[99], doit être distinguée de l'exercice de cette compétence. Or, si on prend par exemple les compétences qui ont fait l'objet d'un dessaisissement maximum des États membres[100], on se rend compte que « la compétence exclusive normative de [l'Union], n'emporte pas automatiquement l'incompétence normative des États membres »[101]. L'exercice de la compétence peut relever

[95] L. AZOULAI, « La formule des compétence retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *in Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 341-368, p. 343.
[96] CJCE, 11 janvier 2000, aff. C-285/98, *Kreil*, Rec. p. I-69, à propos de discriminations dans l'armée allemande.
[97] CJCE, 3 juillet 1974, aff. 9/74, *Casagrande*, Rec. p. 773, en matière de discrimination à l'égard des enfants de travailleurs issus d'un autre État membres.
[98] Voir la volonté par la Cour de justice de contraindre les juges nationaux à appliquer le droit de l'Union dès lors que le litige interne entre dans son champ d'application, alors que le Conseil d'État français, depuis l'arrêt CE, 9 mai 2001, req. n. 210944, *Entreprise Freymuth*, conteste vivement cette assertion. De fait, l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est venue elle aussi brouiller les pistes, puisque son article 51 limite l'intervention de ses dispositions à la mise en œuvre du droit de l'Union, alors que les principes généraux du droit interviennent dans son champ d'application, bien plus large.
[99] V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes*, *op. cit.*, et K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union,* Thomson, 2005, p. 87. Sur la distinction entre compétences et pouvoirs, nous renvoyons à l'article de G. DE BURCA et B. DE WITTE, « The Delimitation of Powers Between the EU and its Member States », *in* A. ARNULL et D. WINCOTT (dirs.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002, p. 207.
[100] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 131.
[101] L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée, Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *op. cit.*, p. 380.

d'un niveau constitutionnel différent de celui qui est titulaire de la compétence[102]. Il arrive en effet que des règlements pris par le Parlement et le Conseil, instrument privilégié pour l'exercice d'une compétence exclusive, requièrent des meures d'application de la part des États membres[103]. L'exercice de la compétence des États membres demeure donc *a fortiori* dans les domaines moins transférés, comme ceux bénéficiant d'une compétence partagée par exemple. Dans ces conditions, la participation des États membres à la mise en œuvre du droit de l'Union est une nécessité dont l'évidence n'est plus à démontrer, et qui est communément désignée sous l'appellation d'*administration indirecte* du droit de l'Union[104]. Pour la doctrine, l'*autonomie procédurale* est d'ailleurs « une illustration du principe d'administration indirecte et de du principe de subsidiarité »[105].

2. L'indissociabilité des questions substantielles et procédurales

37. La répartition des compétences telle qu'elle se dégageait des traités et de la jurisprudence de la Cour avant le traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, et telle qu'elle est effectuée aujourd'hui par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, est réalisée par domaines, ou matières, donc sans distinction entre substance et procédure. C'est l'interprétation fonctionnelle qui a guidé la répartition des compétences, permettant d'attribuer une compétence à l'Union lorsqu'elle est nécessaire pour l'accomplissement de ses missions et pour atteindre ses objectifs[106]. Il faut ici relever une ambiguïté sur le sens du mot « matière ».

---

[102] Ainsi, le professeur O. Dubos rappelle que « l'exécution est certes une obligation pour les États, mais c'est d'abord une compétence que l'Union confère à l'État », O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *op. cit.*, p. 295.

[103] Voir de manière générale J.-V. LOUIS, « Compétences des États membres dans la mise en oeuvre du règlement », *CDE*, 1974, pp. 627-640.

[104] La notion d'administration *directe* est développée par P. Pescatore en 1971 et reprise par R. Kovar en 1973 : P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 336 p, p. 149, dans son édition de 1971 ; et R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », *in La Communauté et ses États membres, Actes du 6ème colloque de l'IEJE*, La Haye, M. Nijhoff, 1973, p. 203. Pour R. Kovar, cette administration *directe* est l'exception, l'administration *indirecte* étant plus habituelle. Sur la même ligne, C. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », *op. cit.*, p. 159. Voir également les études de B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution », *CDE*, 2003, n° 1-2, p. 87 ; R. KOVAR, « Le droit national d'exécution de droit communautaire : essai d'une théorie de l' « écran communautaire » », *in Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1990, p. 341 ; ou encore R. MEHDI, « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports des systèmes », *in 50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 615.

[105] Voir par exemple P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 288, et E. NEFRAMI, « Le principe de solidarité des États membres vis-à-vis du droit communautaire : Le devoir de loyauté », Université de Grenoble, 2006, p. 2.

[106] A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, *op. cit.*, p. 20.

Nous serions tentés de comprendre la matière comme s'opposant à la procédure. Or, les manuels de « droit matériel de l'Union » ont pris pour habitude de traiter aussi bien de la matière au sens strict, c'est-à-dire ce qui relève des règles de fond, que des règles procédurales, c'est-à-dire les modalités de mise en œuvre du droit par les organes administratifs[107]. Le droit matériel de l'Union inclut donc le fond et la forme. Ici, le recours à la traduction de la doctrine juridique anglophone nous permet de trouver un terme adéquat pour remplacer celui de *matériel*, qui prête à confusion en droit de l'Union : le terme « substantiel » peut en effet être rapproché de son pendant en anglais « substantive », qui lui ne vise que le fond[108]. Ainsi, lorsqu'il est question d'une compétence attribuée pour le traitement d'une *matière*, il faut comprendre que cela inclut ses deux aspects, aussi bien *substantiels* que *procéduraux*.

38. La distribution des compétences s'articule aussi selon une répartition verticale, telle que nous venons de le voir entre Union et États membres, et une répartition horizontale, à l'aide d'instruments normatifs différents au sein de l'Union[109]. Cette répartition bidimensionnelle organise la distribution de compétences *plénières*, c'est à dire qu'elles ne distinguent pas en leur sein les questions substantielles des question procédurales. Chaque compétence est ainsi comprise comme un tout : pour les compétences exclusives au sens de l'article 3 TFUE, on trouve « la politique commerciale commune », « l'union douanière », « la politique monétaire », « la conservation des ressources biologiques de la mer », et les « règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur » ; pour les compétences partagées au sens de l'article 4, paragraphe 1 TFUE, on trouve onze domaines qui ne sont donnés qu'à titre indicatif[110], dont « le marché intérieur », « la protection des consommateurs », ou encore

---

[107] En plus des cours dispensés dans des universités reprenant cet intitulé, des ouvrages, parfois de référence, font de même : C. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 2012 ; C. Boutayeb, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 2012 ; J. Dutheil de la Rochère, *Droit matériel de l'Union européenne*, 2006.

[108] Voir par exemple ce qu'écrit J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *ELJ*, 2003, n° 9, p. 603 : « a substantive EC law right precludes the application of a national procedural law ». Au surplus, les versions linguistiques des arrêts de la Cour renforcent cette correspondance entre fond et forme, d'une part, et *substantive* et *procedural*, d'autre part : CJCE, 19 septembre 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci*, Rec. p. I-5357, pt. 43 des deux versions linguistiques. La Cour écrit : « *les conditions, de fond et forme, fixées par les diverses législations nationales…* », et : « *the substantive and procedural conditions for reparation of loss and damage laid down by national law…* ».

[109] Voir par exemple K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union,* Thomson, 2005, p. 88, qui distinguent ainsi au sein de la répartition horizontale des compétences, selon les bases juridiques qui permettent de prendre des actes spécifiques (directives, règlements, recommandations, etc.). Voir aussi D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 130-154, qui distingue les compétences internes et externes, et selon une « ventilation » horizontale et une « distribution » verticale.

[110] L'article 4, paragraphe 2 TFUE ne fait référence qu'aux « principaux domaines ».

« l'environnement ». Chacune de ces matières, pour la compétence desquelles il y a un ou plusieurs titulaires, recouvre à la fois les questions liées à leur substance, et celles liées à leur procédure. Est-ce au nom de la théorie de « l'inhérence »[111], qui veut que « telle garantie nouvelle est 'inhérente' au droit protégé »[112] ? Cette théorie a certes été développée dans le système conventionnel de Strasbourg, donc dans un contexte différent de celui de l'Union. Néanmoins, une compétence sans pouvoir procédural permettant d'établir un droit procédural à la disposition d'individus désireux de faire valoir leurs droits est-elle encore une compétence ? À titre d'exemple, l'union douanière a été mise en place grâce à l'édiction de normes tant substantielles que procédurales, et qui ont d'ailleurs et été compilées dans un code douanier communautaire en 1992[113]. Dans une matière comme la protection des consommateurs, qui relève d'une compétence partagée de l'article 4, paragraphe 2 TFUE, le dualisme de la compétence peut être aisément illustré. Des règles substantielles ont par exemple été adoptées pour donner au consommateur le droit de se rétracter sous sept jours suite à un achat à distance[114], mais également des règles procédurales que le juge national devra respecter pour assurer la cessation de la violation de ce droit[115]. Les paragraphes 3 et 4 de l'article 4 TFUE, qui définissent un statut plus restreint pour des matières comme la recherche, ou la coopération au développement et l'aide humanitaire, ne dérogent pas à la règle du transfert de compétences *plénières*.

39. Le caractère plénier de ces compétences n'est pas né du traité de Lisbonne, mais découle des missions et objectifs des traités qui, avant 2007, étaient des curseurs essentiels pour déterminer le degré de transfert d'une compétence. C'est dans cette veine que la Cour de justice

---

[111] Voir la thèse de X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 574 p ; voir également K. I. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2011, p. 21.

[112] F. SUDRE, « Le recours aux « notions autonomes » », *in* F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Nemesis - Bruylant, 1998, p. 93 et s.

[113] Règlement CEE n. 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant un code douanier communautaire, *JOCE*, L. 302, p. 1, refondu par le Règlement UE n. 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union. Le règlement de 1992 constitue la première codification de règles tant substantive que procédurales dans l'Union : M. ELIANTONIO, « The Future of National Procedural Law in Europe: Harmonisation vs. Judgemade Standards in the Field of Administrative Justice », *Electronic Journal of Comparative Law*, septembre 2009, vol. 13, n° 3, p. 3.

[114] Article 6, paragraphe 1 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE*, L. 144, p. 19.

[115] Directive 98/27/CE du Parlement et du Conseil, du 19 mai 1998, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *JOCE*, L. 166, p. 51. L'article 2 b) prévoit par exemple que le juge aura le pouvoir d'ordonner la publication de la décision.

a construit le système de répartition des compétences « aire d'influence après aire d'influence, matières après matières »[116]. Ainsi, lorsque la Cour déclare que « *dans la mesure où les États membres ont attribué à la Communauté des pouvoirs dans un domaine déterminé, les pouvoirs normatifs de ces États cessent, dans ce domaine, d'exister* »[117], il n'est aucunement question de distinguer selon la nature substantielle ou procédurale de la compétence normative. Si la Cour entend acter la disparition d'un pouvoir normatif au sein des États membres dans un domaine déterminé, alors le pouvoir d'organiser les modalités procédurales juridictionnelles disparaît lui aussi, pour réapparaître dans le chef de compétence des institutions de l'Union. Il est vrai que la Cour parlait ici d'une compétence qui était devenue exclusive par exercice, mais la même réflexion peut être faite avec les autres types de compétences, en prenant en considération les gradations de transfert vers l'Union.

40. Substance et procédure sont ainsi d'autant plus indissociables qu'elles sont intimement liées[118], l'une rendant l'autre visible, *la forme étant le fond qui remonte à la surface*[119]. Le caractère accessoire de la forme tend de même à s'estomper, elle « n'est plus l'intendance transparente des prérogatives substantielles des personnes », la procédure prend en effet toute sa place, « c'est le socle vanté du système juridique »[120]. Le droit substantiel ne doit son effectivité qu'au droit procédural, et ce dernier ne doit sa raison d'être qu'au premier. Autrement dit, « la primauté du droit communautaire matériel amène à plus de primauté procédurale », car « la primauté matérielle dépend, existentiellement, de la procédure »[121]. En guise d'illustration, notons le cas des libertés de circulations prévues par le traité. Ces libertés

---

[116] L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée, Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *op. cit.*, p. 379.

[117] CJCE, 18 février 1970, aff. 40/69, *Hauptzollamt Hambourg c. Bollmann*, Rec. p. 69, en matière de politique agricole commune.

[118] Ainsi que l'écrit par exemple J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*, p. 608, qui parle de « interrelationship between substance and procedure ». Nous nous rangeons également derrière l'analyse de G. ANAGNOSTARAS, « The quest for an effective remedy and the measure of judicial protection afforded to putative Community law rights », *ELR*, 2007, n° 33, p. 727, qui écrit que « The operation of every legal system rests essentially on the existence of a scheme of procedures and remedies, that serves to safeguard and enforce the application of its substantive provisions ».

[119] Généralement attribuée à Victor Hugo, cette expression n'existe pas en tant que telle à notre connaissance dans ses écrits. Néanmoins, sa pensée n'est pas trahie par cette paternité attribuée, car il écrivait lui-même que « Il y a entre ce que vous nommez forme et ce que vous nommez fond identité absolue, l'une étant extérieure à l'autre, la forme étant le fond, rendu visible » (nous soulignons), « Le Goût », in *Proses philosophiques*.

[120] M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *in* D. D'AMBRA, F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dirs.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Paris, Nemesis - Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 49, 2003, p. 1.

[121] J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*, p. 609.

ne peuvent être sérieusement envisagées sans des garanties procédurales solides, notamment une protection juridictionnelle effective. D'aucuns ont alors affirmé que « le droit au juge est directement lié aux droits découlant de la libre circulation dont il constitue le corollaire »[122]. Si, dans chaque cas particulier, il semble impensable de ne pas considérer que la normativité d'un pouvoir mettant en mouvement une matière contient aussi bien la substance que la procédure, alors il faut considérer que c'est également le cas de façon générale. Considérer le contraire amène la Cour à envisager de donner une réponse différente selon qu'elle est face à une modalité substantielle ou à une modalité procédurale. Ainsi dans l'arrêt *T-Mobile* du 4 juin 2009 cherchait-elle à savoir dans quel camp se situait la question de la charge de la preuve : si c'est substantiel, alors le traité est directement applicable, si c'est procédural, alors « *il serait loisible au juge national de ne pas l'appliquer en vertu du principe d'autonomie procédurale des États membres* »[123]. Les professeurs Van Gerven et J. Delicostopoulos suivent sur cette question la ligne de l'incorporation du droit procédural au droit substantiel. Le premier lie la compétence procédurale aux droits subjectifs auxquels ils sont rattachés[124] ; le second écrit que « procedure may be presented as a venue for the realisation of rights »[125], une sorte de corps accessoire du droit dont la fonction est d'assurer l'application effective du droit substantiel de l'Union[126]. Nous préfèrerons utiliser par la suite, en lieu et place de l'expression « droit subjectif » celle de « droit procédural », à la suite de H. Kelsen et de L. Duguit. Le premier réduisait la place du droit subjectif et le transformait en pouvoir de saisir un tribunal, en sanction de la norme, en obligation pour celui à qui on oppose ce pouvoir[127]. Le second niait catégoriquement toute possibilité de droit subjectif[128]. Il n'y a en effet qu'un droit objectif fait

---

[122] V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses. Une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTD eur.*, 1998, p. 191.
[123] CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, *T-Mobile Netherlands e. a.*, Rec. p. I-4529, pt. 46.
[124] W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures », *op. cit.*, p. 502.
[125] J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*, p. 600.
[126] C. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », *op. cit.*, p. 160 ; voir également M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.* ; et S. PRECHAL, « Community law in national courts: The lessons from Van Schijndel », *CMLR*, 1998, n° 35, p. 681.
[127] Ainsi écrit-il que « cette donnée que l'on désigne du nom de 'droit', ou 'droit subjectif' ou 'prétention', d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres », H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Paris, LGDJ, 1999, p. 172.
[128] « On ne conçoit pas, en effet, que le droit objectif, que la norme juridique, quelque fondement qu'on lui attribue, puisse donner à la volonté de certains hommes une qualité particulière qu'ils n'ont pas par nature, puisse faire que la volonté de certains hommes ait des caractères qui n'appartiennent pas à celle des autres, qu'une ou plusieurs volonté aient une supériorité sur une ou plusieurs autres », L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1927, vol.1, p. 296.

de normes dont la sanction est conditionnée à l'existence d'une une voie de droit[129]. Indissociables, substance et procédure sont toutes deux embarquées dans les transferts de compétences, quelles qu'en soient les modalités, et malgré un droit primaire peu disert sur ces questions[130].

B. La discrétion du droit écrit sur les questions procédurales

41. Cette conception d'une distribution de compétences entières est renforcée par l'absence dans les traités de dispositions visant spécifiquement les modalités procédurales judiciaires des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (1), absence qui n'est pas remise en question par quelques exceptions marginales (2).

1. L'absence de dispositions sur les procédures juridictionnelles internes

42. Comme il a été rappelé, le système de répartition des compétences, clarifié par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, opère une répartition entre domaines, et non entre droit substantiel et droit procédural. Les articles 3 à 6 TFUE organisent opportunément les domaines par catégories de compétences, qu'elles soient exclusives, partagées, ou d'appui, de coordination, et de complément. Ces domaines visent la plupart des fonctions d'un État moderne, qu'il s'agisse de la politique commerciale commune, de l'environnement, de la politique sociale, de l'union douanière, de la politique économique, de la culture, de l'industrie ou encore des transports. À aucun moment il n'est fait référence dans ces articles au fait qu'une distinction quelconque devrait avoir lieu entre substance et procédure. L'article 2, paragraphe 6 TFUE, partie à ce même Titre I « Catégories et domaines de compétences de l'Union », énonce néanmoins que « L'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine ». Ainsi, au-delà des seuls articles 3 à 6 TFUE, il faut se reporter à tous ceux des autres articles qui traitent les domaines du traité. Sont donc visées les cinq premières parties du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui organisent successivement « Les principes », la « Non-discrimination » et la « citoyenneté de l'Union », « Les politiques et actions internes de l'Union », « L'association des pays et territoires d'outre-mer », et enfin « L'action extérieure de l'Union ». Or, après une étude de chacune des dispositions dans ces parties-là, il apparaît qu'aucune d'entre elles ne procède à une dissociation entre la substance et la procédure. *A*

[129] *Ibid.*, p. 295.
[130] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 383.

fortiori, l'introduction dans le traité sur l'Union européenne, à l'article 19 paragraphe 1, d'une obligation positive requérant des États membres qu'ils établissent « les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », serait apte à renforcer le rôle de la Cour dans l'évaluation de la compatibilité des procédures internes[131].

43. Le lecteur assidu a beau chercher dans les traités des références aux juridictions nationales permettant de conclure à une dissociation de la compétence en un volet substantiel et un volet procédural, il ne trouvera rien qui puisse lui permettre d'obtenir un début de satisfaction. Le traitement différencié dans la jurisprudence des modalités procédurales étant apparu dans les années 60, il faut rechercher alors dans le traité de Rome et ses différentes versions. Or, rien ne permet de conclure à une réserve de compétence au profit des États membres en ce qui concerne les modalités procédurales. Au contraire, figurait déjà à l'article 3 h) CEE la possibilité d'un « rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun ». Cet article, dont la base juridique apparaissait à l'article 100 CEE[132], servait de « cadre à l'exercice du pouvoir discrétionnaire des institutions » pour atteindre l'objectif de réalisation d'un marché européen[133]. Étant donné la règle de l'unanimité qui prévaut pour rapprocher les législations des États membres susceptibles de porter atteinte au bon fonctionnement du marché commun, cette base juridique est demeurée peu utilisée en général[134], et *a fortiori* en ce qui concerne les modalités procédurales nationales. Pour pallier cette difficulté, les États membres ont préféré passer par l'ancien article 220 CE[135] qui a permis par exemple à la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de voir le jour[136].

---

[131] Voir l'avis de G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 44, et celui de A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *in* H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, p. 282-283.

[132] « Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives. réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun ».

[133] J. MERTENS DE WILMAR, « Article 3 », *in* V. CONSTANTINESCO, J. P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dirs.), *Traité C.E.E. Commentaire article par article*, Paris, Économica, 1992, p. 49.

[134] S. RODRIGUES, « Article 94 CE », *in* I. PINGEL, *De Rome à Lisbonne, Commentaire article par article*, Dalloz-Bruylant, 2010, p. 816.

[135] Cet article, devenu art. 293 après Amsterdam, a été abrogé par le Traité de Lisbonne.

[136] Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE*, C. 27, 1998, p. 1 (version consolidée).

44. Comme les rédacteurs en ont pris l'habitude, une codification de la jurisprudence de la Cour de justice pourrait alors être recherchée dans les traités ultérieurs, et notamment à partir de Maastricht. Or, il n'en a rien été, le traité de Maastricht signé le 7 février 1992 n'intégrant pas l'acquis jurisprudentiel issu des arrêts *Rewe* et *Comet* et tel qu'interprété par la doctrine. Néanmoins, l'intégration à l'article 6 paragraphe 1 TUE de l'obligation de respecter l'identité nationale des États membres (devenu 6 paragraphe 3 TUE après le traité de Nice), donnera aux acteurs du procès européen dans son ensemble un argument de poids pour défendre une attitude plus en retenue de la part de la Cour de justice. Nullement concentrée sur les seules questions procédurales, cette disposition entrée en vigueur en 1993 avec le traité Traité sur l'Union européenne tel qu'issu du traité de Maastricht est sans doute un des moteurs de l'infléchissement de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de compétence procédurale[137]. Par la suite, le projet avorté de traité établissant une Constitution pour l'Europe n'avait pas prévu de modifier l'équilibre des forces en la matière[138].

45. Enfin, Lisbonne en 2007, entré en vigueur en 2009 qui, remettant à plat la répartition des compétences sans plus passer par la formulation implicite à travers les objectifs et les missions de l'Union, pourrait faire surgir cette distinction qui de surcroît a pris un tour plus évident dans la jurisprudence de la Cour en 2006 avec la dénomination explicite dans l'arrêt *Arcor* d'une « *autonomie procédurale des États membres* »[139]. Le renvoi excessivement marqué au principe d'attribution des compétence et la régression que cela sous-tend[140] ferait naître l'espoir de voir enfin reconnue par les rédacteur du traité cette autonomie des États dans les modalités procédurales juridictionnelles. De plus, l'insertion à l'article 19 TUE d'un paragraphe visant directement le juge national dans la mise en œuvre qu'il fait du droit de l'Union, aurait été l'occasion d'intégrer une jurisprudence vieille de trente ans. Or, il n'en a rien été, et Lisbonne est aussi muet sur l'autonomie que l'ont été avant lui la Constitution européenne, Nice, Amsterdam et Maastricht. La persistance de ce silence ferait même presque de l'article 19 paragraphe 1 TUE – « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union » – une provocation des rédacteurs du traité face à la jurisprudence retenue de la Cour de justice.

---

[137] Voir Partie 1, Titre 1, chapitre 1, Section 2, I-B-2

[138] Au demeurant, les articles I-11 et I-12 relatifs à la répartition et à l'exercice des compétences ne procèdent à aucune distinction entre substance et procédure.

[139] *i-21 Germany et Arcor AG*, *op. cit.*, pt. 57.

[140] G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10e éd. 2013, p. 85.

2. Quelques exceptions ne remettant pas en cause ce constat

46. Quelques exceptions, comme l'ancien article 135 CE, ne modifient pas ce raisonnement. Cet article, relatif à la coopération douanière, disposait que les mesures prises dans ce domaine « ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres ». Il n'y aucune raison pour que cette règle, cantonnée au seul domaine de la coopération douanière, soit étendue à l'ensemble des matières pour lesquelles l'Union dispose d'une compétence. Cette phrase a de plus été supprimée en 2007 par le traité de Lisbonne à l'article 33 TFUE. On recherche ainsi en vain des indices qui, avant l'inscription des compétences par le traité de Lisbonne, permettraient de penser que les rédacteurs des traités entendaient transférer à la Communauté des compétences partielles. L'article 68 paragraphe 3 CE inséré dans le Titre sur la politique en matière d'asile, de visas et d'immigration ne peut pas, lui non plus, apporter de limitation générale. Il précise seulement que lorsque la Cour est saisie pour l'interprétation de ce titre, l'arrêt rendu ne peut s'appliquer aux décisions juridictionnelles nationales entrées en force de chose jugée[141]. Au contraire, cet article est lui-même une modalité procédurale, ainsi directement insérée dans le droit primaire. Cette règle revient à interdire aux arrêts de la Cour de produire des effets pour le passé, lorsqu'ils viendraient à se heurter à l'autorité de la chose jugée, et ce, en application de l'exigence de sécurité juridique, que la Cour de justice a elle-même reconnu dans de telles situations, mais dans des domaines différents[142]. Il apparaît donc que le droit communautaire, et aujourd'hui le droit de l'Union, incluent dans les compétences nécessaires pour atteindre les objectifs fixés aussi bien les modalités substantielles que procédurales, y compris donc les procédures *juridictionnelles*.

47. Enfin, la coopération judiciaire, qui a un volet civil, avec l'article 81 TFUE (ex art. 65 CE)[143] et pénal, avec l'article 82 TFUE (ex art. 31 TUE)[144], ne remet pas en cause l'affirmation

---

[141] Cet article a de plus été abrogé par le traité de Lisbonne : « L'arrêt rendu par la Cour de justice en réponse à une telle demande n'est pas applicable aux décisions des juridictions des États membres qui ont force de chose jugée ».

[142] CJCE, 1 juin 1999, aff. C-126/97, *Eco-Swiss China Time*, Rec. p. I-3055, pt. 46.

[143] « L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

[144] « Dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales. Ces règles minimales tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres ».

d'une compétence procédurale attachée à la compétence substantielle. Ces deux dispositions n'ont pas pour objet de régir les modalités procédurales internes qui n'ont pas d'incidence transfrontalière. Cette incidence transfrontalière est une condition *sine qua non* de l'intervention du législateur, et ne peut viser que les procédures impliquant par exemple des juridictions de deux États membres simultanément. Elle ne peut en aucun cas s'appliquer à des matières n'ayant d'incidence procédurale qu'à l'intérieur d'un seul État membre[145]. C'est ainsi que le règlement qui institue une procédure commune d'injonction de payer ne s'applique qu'aux litiges transfrontaliers, c'est-à-dire lorsque « au moins une partie a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie »[146]. De plus, dans leur rédaction, ces deux articles délimitent les modalités procédurales pouvant faire l'objet d'un rapprochement des législations, par exemple à la prévention des conflits de compétence entre les États membres[147], à la facilitation de l'obtention de preuves[148], ou à la reconnaissance des décisions de justice entre les États membres[149]. L'incidence transfrontalière est donc un élément d'extranéité qui doit être physique et actuel. Cette contrainte limite la spécificité de ces articles, et leur capacité à créer une *exception procédurale*, qui démontrerait que l'Union n'a pas de compétence dans ce domaine, sauf par le biais de ces dispositions spécifiques. La substance n'est pas le général, et la procédure n'est pas le particulier dans le système de répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Une législation abondante, adoptée surtout à partir des années 90, en est la preuve la plus simple.

---

[145] P. Lagarde, « Article 65 CE », *in* I. PINGEL, *De Rome à Lisbonne, Commentaire article par article*, Dalloz-Bruylant, 2010, p. 625. L'auteur du commentaire souligne d'ailleurs que la Commission, qui avait voulu s'affranchir de cette contrainte de l'incidence transfrontalière, n'avait finalement pas eu gain de cause.
[146] Article 3, paragraphe 1 du règlement n. 1896/2006, *JOUE*, L. 399, p. 1.
[147] Article 81, paragraphe 2, c) pour la matière civile, et 82, paragraphe 1, b) pour la matière pénale.
[148] Article 81, paragraphe 2, d).
[149] Article 82, paragraphe 1, a).

II – Le rôle déterminant du droit dérivé dans la qualification de *compétence*

48. La compétence procédurale donne à son titulaire le pouvoir de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales visant à garantir au justiciable l'exercice des droits qu'il tire du droit de l'Union. Dans ses domaines d'intervention, l'Union décide alors qui, du juge interne ou de la Cour de justice, sera compétent pour les questions procédurales. L'exercice par l'Union de sa compétence procédurale (A), apparaît au grand jour dans son droit dérivé, relativement fourni. Or, lorsque le droit dérivé des traités ne règle pas les questions procédurales utiles à la réalisation d'un droit, ce n'est pas un vide juridique qui s'ouvre, laissant à l'État membre tout autonomie procédurale, mais c'est une lacune (B), que la Cour de justice pourra exploiter pour déterminer le lieu d'exercice de la compétence procédurale.

A. L'exercice par l'Union de sa compétence procédurale

49. En plus de la lecture des traités, qui doit convaincre que l'Union dispose d'une compétence en matière procédurale, il faut ajouter le droit dérivé adopté par ses institutions. Ce droit dérivé règlemente les modalités procédurales des juridictions des États membres en rétrécissant par la même occasion leurs compétences[150], prouvant qu'il n'y pas d'autonomie procédurale au profit des États membres (1), et qu'une compétence dans le chef de l'Union européenne existe bel et bien en matière procédurale (2).

1. Une *compétence* plutôt qu'une *autonomie*

50. La Cour de justice a nommé à plusieurs reprises le principe d' « autonomie » procédurale. Or, il semble que cette *autonomie* ne trouve pas le terreau nécessaire à sa justification dans les traités, et notamment dans le système de répartition des compétences – on ne parle pas d'autonomie *matérielle* ni *substantielle* des États membres. Cependant, d'aucuns soutiennent que l'Union n'a pas de compétence en matière procédurale[151]. Il a ainsi été soutenu que ni l'article 114 TFUE, ni l'article 115 TFUE ne créent cette compétence. L'arrêt du 5 octobre 2000, *Allemagne contre Parlement européen*, a pu être avancé pour justifier ce propos :

> « *Il résulte de la lecture combinée de ces dispositions que les mesures visées à l'article 100 A, paragraphe 1, du traité sont destinées à améliorer les conditions*

[150] K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *op. cit.*, p. 4, à propos du système général de répartition des compétences.
[151] D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, Springer, 2011, p. 9-11 ; Voir aussi F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français*, *op. cit.*, p. 453.

> *de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur. Interpréter cet article en ce sens qu'il donnerait au législateur communautaire une compétence générale pour réglementer le marché intérieur serait non seulement contraire au libellé même des dispositions précitées, mais également incompatible avec le principe consacré à l'article 3 B du traité CE (devenu article 5 CE) selon lequel les compétences de la Communauté sont des compétences d'attribution* »[152].

51. Or, il semble que la Cour rappelle ici que l'Union ne dispose pas de compétence *générale* dans le domaine du marché intérieur. *A contrario* donc, elle a une compétence *spéciale* en la matière, partagée avec les États membres, en vertu de l'article 4 paragraphe 2 sous a) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. De même, si elle n'a pas de compétence générale en matière procédurale, elle est compétente pour légiférer en la matière lorsqu'il s'agit d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur. La Cour reconnaît d'ailleurs elle-même dans son rapport de 1995 que les disparités de procédures portent atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur[153]. Ces considérations empêchent de postuler une *autonomie*, cette autonomie signifiant, d'une manière assez catégorique « the ability to act and make decisions without being controlled by anyone else », d'après l'Oxford Advanced Learner's Dictionary [154].

52. Il est vrai que l'*autonomie* telle que définie par la Cour de justice, dans son volet *procédural*, n'est pas aussi kantienne que celle qu'en donne le dictionnaire anglais. Pour la Cour de justice, l'autonomie procédurale signifie qu'en l'absence de règlementation de l'Union dans un domaine déterminé, « *il appartient à l'ordre juridique interne de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits des justiciables tirés du droit communautaire* », étant depuis longtemps entendu que cette autonomie est encadrée par les exigences d'équivalence et d'effectivité[155]. Cette définition, plus contraignante que celle postulant une liberté totale, pourrait correspondre à la celle de l'autonomie en général donnée par C. Kessedjian lors d'un colloque en 2013, inspirée de la philosophie hégélienne, et dont nous soutenons le propos : « l'autonomie n'est pas la liberté pure et simple, mais la liberté raisonnée, bornée par des

---

[152] CJCE, 5 octobre 2000, aff. C-376/98, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, Rec. p. I-2247, pt. 83.
[153] *Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du Traité sur l'Union européenne*, mai 1995, pt. 11.
[154] M. BOBEK, « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *op. cit.*, p. 320, citant le dictionnaire Oxford Advanced Learner's Dictionary, Oxford University Press, 2005, p. 85.
[155] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 39.

considérations autres que celles du seul sujet »[156]. L'autonomie ne signifie donc pas la liberté absolue ou la seule raison individuelle, ici de l'État membre, mais une raison qui emprunte à l'Autre, et qui est donc finalement limitée.

53. Sur ce point, l'autonomie de l'État existe bel et bien, d'un point de vue politique. L'Union crée aussi la sienne dans l'arrêt *Costa contre ENEL*[157], vis-à-vis du droit national, et la réaffirme dans l'arrêt *Kadi* et dans l'avis 2/13 relatif à l'adhésion à la Cour européenne des droits de l'homme, vis-à-vis du droit international[158]. Il en va de même aussi des collectivités territoriales qui postulent leur autonomie face au pouvoir central[159]. La Charte européenne de l'autonomie locale la définit comme « la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, *dans le cadre de la loi*, sous leur propre responsabilité, et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques »[160]. L'autonomie permet dans tous ces cas « d'être gouverné par ses propres règles qui sont distinctes de celles imposées par une entité supérieure »[161].

54. Néanmoins, cette autonomie n'est pas transposable, dans son état brut, à l'exercice du pouvoir normatif. Si elle est consubstantielle à l'idée même d'entité qui, ayant atteint un âge mûr, brandit son autonomie comme mode de gouvernance, elle ne peut subsister dans les domaines pour lesquels le rapport avec « l'Autre » est imposé. L'autonomie, faut-il le rappeler,

---

[156] L'auteure oppose la définition rousseauiste, qui voit la raison comme une raison collective, volonté générale d'une communauté, à la conception kantienne, qui veut que la raison soit « intériorisée », que l'individu la tire de lui-même et non d'une communauté. C'est « la propriété qu'a la volonté d'être à elle-même sa loi ». Pour Kant, l'État dispose de cette même autonomie qu'il attribue à l'individu, sans toutefois le démontrer, affaiblissant dès lors sa théorie, qui n'est qu'un « postulat ». Hegel permet alors de faire la synthèse entre Rousseau et Kant, à mi-chemin entre la raison collective et la raison individuelle : « l'autonomie se réalise à condition que le sujet intègre non seulement ses propres intérêts mais aussi ceux de l'Autre » : C. KESSEDJIAN, « Introduction », *in Autonomie en droit européen*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, p. 12-13.

[157] CJCE, 5 février 1963, aff. 26/63, *Van Gend en Loos*, Rec. p. 3 ; CJCE, 3 juin 1964, aff. 6/64, *Costa c. ENEL*, Rec. p. 1141, p. 1160. Dans ce dernier arrêt, la Cour écrit que « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale... » .

[158] CJCE, 3 septembre 2008, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, Rec. p. I-6351, pt. 282 : « *un accord international ne saurait porter atteinte à l'ordre des compétences fixé par les traités et, partant, à l'autonomie du système juridique communautaire dont la Cour assure le respect en vertu de la compétence exclusive dont elle est investie par l'article 220 CE, compétence que la Cour a d'ailleurs déjà considérée comme relevant des fondements mêmes de la Communauté* ». La même position est répétée dans l'avis CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, *Avis au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, n. e. p., pt. 183.

[159] Voir, de manière générale, la thèse de L. MALO, *Autonomie locale et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 719 p.

[160] Article 3, paragraphe 1 de la Charte européenne de l'autonomie locale (nous soulignons).

[161] F. MARTUCCI, « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », *in Autonomie en droit européen*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, p. 22.

n'est pas la liberté totale, devant emprunter à un autre niveau de décision pour exister. Ainsi, en droit de l'Union, l'autonomie n'existe que dans les domaines pour lesquels aucune compétence n'a été transférée. Dans les autres domaines, il ne peut y avoir d'autonomie.

55. Si on conserve l'autonomie brute dans l'exercice du pouvoir normatif, alors ses interprètes s'en saisissent, la dénaturent au point de lui attribuer des vertus qu'elle n'a pas, pas même au niveau métajuridique : elle est détournée de son sens hégélien de la liberté raisonnée, au profit de la signification que lui donnait Hérodote lorsqu'il évoquait l'indépendance des villes-États grecques, une sorte de « liberté politique interne et externe […] en opposition à une dépendance externe par la domination étrangère et en opposition à la forme étatique interne de la tyrannie »[162]. L'autonomie devient alors un faire-valoir qui permet à un discours juridique d'être capté à son profit par le discours politique[163]. La réception dont bénéficie un mot devient plus marquante que son sens, et ainsi que l'exprime M. Bobek à propos de cette autonomie, « the name shapes the way the rose smells »[164]. L'autonomie ne signifie ainsi plus que la souveraineté, et tout encadrement par la Cour de justice devient une intrusion inacceptable dans les règles procédurales internes, qui finit par réduire la compétence étatique – le terme est révélateur – « à peau de chagrin »[165]. En effet, le problème est que nombre des tenants de l'autonomie procédurale de l'État membre en tirent comme conséquence l'incompétence de l'Union. Or, comme nous l'avons rappelé, la compétence de l'un n'entraîne pas l'incompétence de l'autre. Autrement dit, la compétence de l'État n'entraîne pas l'incompétence de l'Union.

56. Par conséquent, il faut envisager l'*autonomie procédurale* sous l'angle plus large de la *compétence procédurale*. Au lieu de postuler une autonomie de l'État membre dans la définition de modalités procédurales qui règlent le procès interne[166], autonomie qui serait plus ou moins

---

[162] É. GAZIAUX, *L'autonomie en morale au croisement de la philosophie et de la théologie*, Peeters Publishers, 1998, p. 377-378.

[163] M. BOBEK, « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *op. cit.*, p. 321. L'autonomie sert ainsi d'argument efficace pour les acteurs nationaux souhaitant protéger les politiques nationales : voir l'introduction critique de K. J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford University Press, 2001, p. 3-4.

[164] M. BOBEK, « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *op. cit.*, p. 321.

[165] Voir par exemple B. CHEYNEL, « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », *RLC*, 2007, n° 13, mais cette expression se retrouve régulièrement dans la doctrine.

[166] Le terme « procédural » est préféré à celui de « processuel », même si le premier vise aussi bien les modalités d'organisation du procès, que les actes accomplis pour parvenir à une décision, (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd., 2011), alors que le second ne comprend que les règles qui entourent le procès. Il est vrai que le professeur J.-F. FLAUSS (« Actualité de la Convention des droits de l'homme (sept. 2003 – janv. 2004) », *AJDA*, 2004, p. 534) parle de garanties « processuelles ». Or, dans le cadre du système juridique de l'Union, et à la différence du système conventionnel dont il est question dans

encadrée par les exigences du droit de l'Union, il est plus juste d'expliquer les gradations de compétence entre l'État membre et l'Union. Ainsi, l'ancien Avocat général W. Van Gerven dit-il qu' « il serait donc préférable d'abandonner le terme d'*autonomie* procédurale pour parler de *compétence* procédurale des États membres »[167]. D'autres, comme le professeur J. Delicostopoulos, en viennent à la même conclusion, et affirment l'existence d'une *compétence procédurale nationale*[168], de même que le professeur D.-U. Galetta qui parle de « compétence procédurale fonctionnelle »[169]. C'est en tout cas une position qui, d'année en année, s'installe dans la doctrine[170]. Cette position est confirmée par la mise en œuvre de la compétence procédurale par le droit dérivé des traités.

2. Les mises en œuvre de la compétence procédurale par le droit dérivé

57. Même si le traité ne dit mot sur la mise en œuvre du droit de l'Union par les juridictions nationales[171], cela n'a pas empêché l'adoption d'un droit dérivé qui, s'il était excessivement lacunaire dans la première moitié de l'histoire du projet européen, couvre aujourd'hui des domaines divers, et impose des règles uniformes[172]. M. Accetto et S. Zleptnig rappellent que

---

son article, la jurisprudence de la Cour de justice a une influence le plus souvent sur le procès interne, mais également, même indirectement, sur la procédure non contentieuse. Voir K. I. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 19-21, pour plus de développements sur cette distinction.

[167] W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures », *op. cit.*, p. 502 (nous traduisons).

[168] J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*, pp. 601-606.

[169] D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, *op. cit.*, p. 123.

[170] Après une affirmation sans ambages en 2000 par W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures », *op. cit.*, une reprise tout aussi directe a été tentée en 2003 par J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.* ; puis par P. HAAPANIEMI, « Procedural Autonomy: a Misnomer? », *in* A. JOLEKA, J. ERVO et M. GRANS (dirs.), *Eurpeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009, , p. 89 ; puis en 2011, D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, *op. cit.*, p. 123, a repris l'expression tout en laissant toute sa place à l'autonomie procédurale ; finalement la position de Van Gerven et Delicostopoulos est reparue pleinement en 2012 dans l'article de F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 594-629 ; et de manière plus implicite la même année dans le manuel de A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, *op. cit.*, p. 272-273 ; ou dans l'article de M. BOBEK, « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *op. cit.*, p. 320.

[171] Ainsi que l'écrit N. FENNELLY, « The National Judge as Judge of the European Union », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 63, « a reader of the Treaty in 1958 could not have foreseen the immense contribution they would make to the construction of the European Union legal order ».

[172] Nombre d'auteurs relèvent l'exercice de cette compétence. Voir D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, Kluwer Law International, 2006,

l'Union a harmonisé des pans de la procédure des États membres[173], dans les domaines des marchés publics, de la régulation des télécommunications, du droit de l'immigration, ou encore du droit de la concurrence, essentiellement dans des secteurs stratégiques[174]. Ainsi, pour se convaincre de la réalité de l'existence d'une compétence de l'Union sur les questions procédurales, il suffit d'énumérer quelques actes législatifs et qui harmonisent les modalités procédurales des États membres. Ces actes peuvent être classés en trois groupes, en fonction de leur degré de contrainte et de précision.

58. Il y a tout d'abord, il est vrai, des actes législatifs qui sont peu contraignants, et qui n'ont pas de vertu proprement harmonisatrice, tant ils sont discrets sur les règles processuelles. Il s'agit par exemple de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, qui somme sans trop d'exigences les États membres de mettre en place des « moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales »[175]. Dans cette même catégorie d'acte législatif minimaliste, on peut citer la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui posait quelques années auparavant la même obligation que dans le cas précédent[176]. Le juge national n'est pas explicitement visé, même s'il est le destinataire indirect final de ces dispositions.

59. Ensuite, une autre catégorie d'actes législatifs vient montrer que le pouvoir normatif peut aller plus loin, et amorcer une harmonisation plus technique des règles du procès. Sans procéder non plus à une réglementation exhaustive qui prévoirait chaque détail du procès interne, ces actes posent néanmoins les bases d'un fonds judiciaire commun. C'est ainsi que le règlement qui crée le statut de la société européenne prévoit au détour d'une formulation simple et claire que les États membres devront ouvrir un recours juridictionnel contre tout constat

---

p. 52, sous note 7 ; ou par exemple, dans le domaine du droit de la concurrence, S. PIETRINI, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*, Paris 10 Nanterre, 2012, p. 828.

[173] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 399.

[174] R. CARANTA, « Judicial protection against member states: a new jus commune takes shape », *CMLR*, 1995, p. 703.

[175] Article 11 de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, *JOUE*, L 149, p. 22.

[176] Article 7, paragraphe 1 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE*, L 95, p. 29 : « Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ».

d'infraction, et que ce recours devra avoir un effet suspensif sur des procédures précises[177]. Les États membres ici se sont astreints à une plus grande discipline que pour les actes de la première catégorie. La Convention d'Aarhus en matière d'environnement, de manière moins ambitieuse, prévoit, elle, que le public ait accès « à des mécanismes judiciaires efficaces », et qu'il puisse pour ce faire « engager des procédures de recours administratif ou judiciaire »[178]. Ces deux actes législatifs vont assurément plus loin que ceux de la première catégorie, en ce qu'ils visent au minimum le juge national, et vont jusqu'à lui imposer de menues règles procédurales, dans un champ procédural restreint. On peut encore citer la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs[179]. Cette directive est déjà plus exigeante que la Convention d'Aarhus ou que le règlement sur la société européenne, car au-delà de l'obligation d'ouvrir un recours juridictionnel[180], elle prévoit non seulement que le juge national soit en mesure de faire cesser les pratiques illicites des opérateurs de services financiers[181], mais surtout elle s'attaque à la question de la charge de la preuve[182]. Ainsi, dans cette catégorie intermédiaire, se manifeste la volonté du législateur de mieux encadrer le déroulement du procès, et pour ce faire exerce sa compétence, dans son volet procédural.

60. Enfin, la troisième catégorie d'actes législatifs est la plus contraignante et, contrairement à ce que l'idée d'une « autonomie » procédurale des États membres pourrait laisser croire, c'est une catégorie particulièrement fournie. Sans avoir l'ambition d'énumérer l'ensemble de ces textes, nous pouvons malgré tout nous attacher à citer quelques exemples, reflet de la diversité des domaines appréhendés. Le moins qu'on puisse dire, tout d'abord, c'est que la datation de l'acte n'a que peu de rapports avec le niveau des exigences qu'il contient. Le règlement sur la marque communautaire, qui date de 1994, est exemplaire sur ce point[183]. Il réalise l'ambition non négligeable de régler les modalités procédurales internes relatives aux

---

[177] Article 64, paragraphe 3 du Règlement (CE) 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne, *JOUE*, L. 294, p. 1.
[178] Article 9, paragraphe 5 de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (dite « Convention d'Aarhus »), approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2005/370/CE du Conseil, du 17 février 2005, *JOUE*, L 124, p. 1.
[179] Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, *JOUE*, L. 271, p. 16.
[180] Article 13, paragraphe 1 de la directive.
[181] Article 13, paragraphe 3 de la directive.
[182] Article 15 de la directive.
[183] Règlement (CE) n. 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, *JOCE*, L. 11, p. 1

mesures d'exécution forcée, à la désignation de tribunaux des marques communautaires, à la compétence en matière de contrefaçon et de validité, à la compétence internationale, de même qu'à l'étendue de cette compétence. Or, il va bien plus loin encore en édictant les règles relatives aux défenses au fond, à la demande reconventionnelle, aux mesures provisoires, aux cas de connexité, aux sanctions, et à bien d'autres éléments encore. La directive plus ancienne, datant de 1989, relative aux recours en matière de passation de marchés publics[184], est tout aussi foisonnante, et a été révisée en 2007 pour prendre en compte d'autres éléments de procédure encore[185]. Le degré de transfert de la compétence des États membres à l'Union pourrait constituer une clé de lecture expliquant la raison de cette précision : plus la compétence est transférée à l'Union, plus l'Union règle les modalités procédurales. Il est vrai que le domaine des marchés publics, tout en relevant d'une compétence partagée, fait l'objet d'un exercice particulièrement approfondi par le droit de l'Union. Le règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence peut venir renforcer l'adoption de cette clé de lecture[186], dans un domaine qui relève de la compétence exclusive de l'Union, et où le devoir d'application uniforme du droit de l'Union est plus prégnant[187]. Or, ce point de vue, qui place le curseur de l'intensité de la réglementation en fonction de la gradation de la compétence, n'est pas pleinement pertinent. Qu'on en juge, le règlement créant la marque communautaire a été adopté selon la procédure dite de la « clause passerelle » de l'article 308 TFUE (ex article 235 CE). De même, le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité a été adopté selon la procédure de la coopération judiciaire en matière civile, qui relevait alors de ce qui était le deuxième pilier, donc en dehors de la procédure législative ordinaire[188]. Les dispositions du règlement prévoient

[184] Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, *JOCE*, L. 395, p. 33.
[185] Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *JOUE*, L. 335, p. 31. On peut citer également la directive 98/27/CE du Parlement et du Conseil, du 19 mai 1998, relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *JOCE*, L. 166.
[186] Règlement (CE) n. 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOUE*, L. 1, p. 1.
[187] Le considérant 12 du règlement ainsi que l'article 16 s'attachent à garantir une « application uniforme » du droit communautaire de la concurrence.
[188] Règlement (CE) 1346/2000 du Conseil, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOUE*, L. 160, p. 1, adopté sur la base de l'ancien article 61 CE, devenu 67 TFUE.

ainsi avec force détails les modalités procédurales internes, dès lors que le juge national est saisi d'un cas de procédure d'insolvabilité transfrontalière[189].

61. Dans cette troisième catégorie, l'effort d'harmonisation doit être remarqué, d'autant plus qu'il s'inscrit dans des domaines aussi différents que les compétences sont variées. Cet élan doit être salué, en tant qu'il permet de réduire l'incertitude du juge national dans la mise en œuvre des droits substantiels garantis par le droit de l'Union, et qu'il s'inscrit dans le mouvement de *procéduralisation* des droits pour l'amélioration de son effectivité[190]. Dans les situations dans lesquelles le législateur est venu régler les modalités procédurales propres à permettre l'effectivité du droit substantiel auquel elles sont rattachées, nous sommes en présence de ce que John Rawls appelle une *justice procédurale parfaite*. Il s'agit de ces cas dans lesquels on dispose d' « un critère indépendant pour décider quel résultat est juste et une procédure garantie pour y arriver »[191]. Or, dans nombre de situations, et la Cour de justice le déplore, nous ne sommes que dans une *justice procédurale imparfaite*, « alors qu'il y a un critère indépendant pour déterminer le résultat correct, il n'y a aucune procédure utilisable pour y parvenir en toute sûreté »[192]. C'est, à l'heure actuelle, le cas la plupart du temps.

62. Les institutions de l'Union bénéficient donc d'une compétence procédurale dont le régime suit celui de la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Fréquemment, l'Union a exercé cette compétence procédurale par un ensemble de textes de droit dérivé, sans toutefois que, la plupart du temps, l'exercice soit exhaustif. De cette sorte, subsiste dans la législation de l'Union des lacunes procédurales permettant aux États membres de conserver une part d'exercice des ces compétences.

B. Les lacunes procédurales de la législation de l'Union

63. Comme l'écrivait F. Terré, « on ne peut saisir le vide, on ne s'en approche que de l'extérieur, à partir de ce qui n'est pas le vide, à partir du plein qui l'entoure et sert à le

---

[189] Il convient citer également, aux fins de la démonstration, le règlement (CE) n. 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, L. 12, p. 1.

[190] Voir, sur la question de la « procéduralisation » du droit, P. COPPENS et J. LENOBLE (dirs.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 437 p ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n° 70, pp. 397-425 ; ou encore K. I. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

[191] J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, traduit par C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, p. 116.

[192] *Ibid.*, p. 117.

définir »[193]. Pour autant, une *lacune*[194] n'est pas un *vide juridique*[195]. De façon un peu provocante, nous pourrions considérer même que c'est « une oasis de fraîcheur au milieu des sables du droit »[196]. *Fraîcheur*, car elle met à jour une situation inédite qui, soit n'était pas prévue par le législateur (« lacunes de convenance »), soit n'avait pas été expérimentée par le justiciable (« lacunes d'expérience »)[197]. Ce n'est pas un *vide*, et la Cour de justice de l'Union européenne le dit sans ambiguïté dans l'arrêt *Alonso-Pérez* du 23 novembre 1995 à propos de l'absence, dans la réglementation communautaire, de dispositions sur la rétroactivité des effets d'une demande en paiement de prestations sociales : « *l'absence de réglementation communautaire ne crée pas un 'vide juridique' qu'il conviendrait de combler* »[198]. Apparentée à cette justice procédurale imparfaite que décrit John Rawls, la lacune de la législation de l'Union cache délibérément au juge national la voie à suivre pour atteindre le résultat prescrit par la norme. Comme l'écrit C. Maubernard, il y a lacune « dans les seules hypothèses où le juge se trouve confronté à l'impossibilité d'assurer le respect du droit autrement qu'en comblant matériellement cette lacune au moyen d'une norme qui ne se trouve pas comprise dans l'ordre juridique communautaire ou en interprétant de manière extensive une norme existante mais non effective en tant que telle »[199]. Ces lacunes sont très rapidement identifiées par la Cour de justice, et prennent même la forme, dans les arrêts *Rewe* et *Comet* de 1976, d'un regret adressé au législateur, car « *à défaut de pareilles mesures d'harmonisation* »[200], c'est à la réglementation nationale qu'il faut en appeler.

---

[193] F. TERRÉ, « Les lacunes du droit », *in* C. PERELMAN (dir.), *Problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 145.

[194] F. SUDRE, « L'Union européenne et les droits de l'homme. De quelques interrogations... », *RAE-LEA*, 2006, n° 1, p. 8, à propos des lacunes procédurales dans le cadre du pilier communautaire.

[195] Le Petit Robert de la langue française (éd. 2015) définit la lacune comme étant une « interruption involontaire et fâcheuse dans un texte, un enchaînement de faits ou d'idées ; absence d'un ou de plusieurs termes dans une série ».

[196] F. TERRÉ, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 145.

[197] Selon les mots de F. Terré, *Ibid.*, p. 146. De même, P. GÉRARD, *Droit, égalité et idéologie*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1981, p. 178, note que « En n'établissant pas de relation entre au moins un cas relevant de l'univers des cas possibles et une solution relevant de l'univers des solutions possibles, le système normatif en cause peut être considéré comme incomplet ».

[198] CJCE, 23 novembre 1995, aff. C-394/93, *Alonso-Pérez*, Rec. p. I-4114, pt. 28.

[199] C. MAUBERNARD, *Les normes jurisprudentielles de la Cour de justice des Communautés européennes : contribution à l'étude du pouvoir judiciaire communautaire*, Thèse microfichée, Université de Montpellier, 2001, p. 283. L'auteur relève alors que c'est dans ces situations que se fait sentir la nécessité de recourir à des normes jurisprudentielles, *ibid*., p. 285.

[200] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5.

64. La doctrine s'inquiète également des inconvénients inhérents à ces lacunes, que le professeur P. Pescatore étudie en 1983[201]. Le professeur R. Kovar parle, lui, d' « incomplétude normative de la directive »[202]. En effet, les lacunes apparaissent « dans toutes les situations qui ont normalement vocation à être couvertes par le droit et, pourtant, ne le sont pas »[203]. Il est vrai que l'Union préfère, par défaut, laisser aux États membres le soin d'exercer les compétences en ce qui concerne leur volet procédural[204], ce que regrette d'ailleurs l'ancien Avocat général W. Van Gerven, qui considère qu' « en l'absence d'harmonisation (suffisante) des *remedies*, des droits uniformes ne peuvent pas être garantis de manière adéquate dans la Communauté »[205].

65. En effet, en l'absence de modalités procédurales harmonisées dans la législation de l'Union, par exemple pour l'encadrement de la procédure de soumission d'observations par la Commission aux juridictions nationales en matière de concurrence, une sorte d'*amicus curiae*, la Commission a dû prendre les devants, et déterminer la règle de principe : « Comme le règlement n'établit pas de cadre procédural pour la soumission d'observations, ce sont les règles de procédure et pratiques des États membres qui déterminent le cadre procédural pertinent »[206]. Les champs laissés libres par le législateur ne sont donc pas des champs *vides*, le droit ayant, plus que la nature, horreur du *vide*. L'espace ainsi ouvert voit donc s'engouffrer des règles

---

[201] P. PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », *in Rechtsvergleichung, Europarecht une Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Berlin, Carl Heymanns Verlag K. G., 1983, pp. 559-579.

[202] R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », *in Itinéraires d'un juriste européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 139‑154, p. 142 ; réédition de l'article original « Observations sur l'intensité normative des directives », *in Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 359‑372.

[203] F. TERRÉ, « Les lacunes du droit », *op. cit.*, p. 146.

[204] Des auteurs ont souligné cette préférence à s'en remettre aux procédures nationales de mise en œuvre, sans toutefois parler de choix « par défaut » comme nous le faisons : D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, *op. cit.*, p. 52 ; R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, p. 232.

[205] W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap Between Community and National Law: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies? », *CMLR*, 1995, n° 32, p. 690 (nous traduisons).

[206] Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE, *JOUE*, C. 101, p. 54, pt. 34. Le point 10 de cette Communication prévoit également que « à défaut de dispositions de droit communautaire régissant les procédures et sanctions liées à l'application des règles de concurrence communautaires par les juridictions nationales, ces dernières appliquent les règles de procédure nationales - dans la mesure où elles ont compétence pour le faire - et infligent les sanctions prévues par ces dernières ».

préexistantes, issues du droit national, pour soutenir – ou au contraire pour anéantir de l'intérieur – le cadre matériel voulu par le législateur européen[207].

66. De son côté, après le constat de l'absence d'harmonisation fait dans les arrêts *Rewe* et *Comet* en 1976[208], la Cour de justice a dû reconnaître que même lorsque le budget de l'Union est en jeu, les règles procédurales fixées au niveau supranational sont lacunaires. En effet, dans le domaine de la politique agricole commune, elle a été amenée à reconnaître en 1980 que les règlements censés prévoir les modalités de récupération de restitutions à l'importation et à l'exportation « *ne résolvent (...) que pour partie* »[209] les problèmes posés devant le juge national. Avouant les limites de son propre pouvoir, elle admet que « *le caractère nécessairement technique et détaillé de ce type de règlementations ne permet de remédier que partiellement à son absence par voie d'interprétation jurisprudentielle* »[210]. Par conséquent, il revient au juge national la compétence d'organiser selon son droit national la restitution des montants perçus pour le compte de la Communauté. À titre d'exemple, la « sixième directive » relative à la TVA, ne contient aucune obligation ni aucune information pouvant aider le juge à déterminer si les États membres doivent aménager leurs règles d'imposition et de taxation des prestations de services de manière cohérente, alors que ces deux types d'acteurs ne sont pas gérés par la même administration fiscale. La Cour de justice en tire donc la conséquence que ces modalités ressortissent de la responsabilité du droit national, la procédure juridictionnelle interne palliant cette lacune[211].

67. Dans l'antre de la mécanique des compétences, on retrouve une répartition supplémentaire des compétences, entre la Cour de justice et les juges nationaux. Une compétence exclusive avait émergé dans le chef de la Cour de justice, et qui visait la constatation d'invalidité d'un acte communautaire, qui ne pouvait être faite que par les juges du plateau du Kirchberg, ainsi qu'ils l'ont estimé dans l'arrêt *Foto-Frost*[212]. Rapidement, la

---

[207] C'est pour éviter que cet appel d'air ne fasse entrer des règles qui porteraient atteinte aux droits mis au jour, que la Commission, dans sa Communication précitée, exige des procédures nationales qu'elles respectent les droits fondamentaux, ainsi que les critères d'effectivité et d'équivalence (voir les points 10 et 35).

[208] Pour une référence récente à l'absence d'harmonisation par le droit de l'Union, voir l'arrêt CJUE, 15 octobre 2015, aff. C-310/14, *Nike European Operations Netherlands*, n. e. p., pts 27 et 28.

[209] CJCE, 5 mars 1980, aff. 265/78, *Ferwerda*, Rec. p. 617, pt. 9.

[210] *Ibid.*, pt. 9.

[211] Cette situation a été relevée dans l'affaire CJUE, 26 janvier 2012, aff. C-218/10, *ADV Allround*, Rec. num.

[212] CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost*, Rec. p. 4199, pt. 15. La Cour écrit que les juridictions nationales « *n'ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions communautaires* ».

nécessité de mesures provisoires devant le juge national lorsqu'il a des doutes sur la régularité d'un acte communautaire s'est faite sentir. La Cour a dû ainsi, peu de temps après, reconnaître que les mesures provisoires qu'elle peut adopter dans le cadre d'autres formes de recours[213], elle ne peut pas les utiliser dans le cadre du renvoi préjudiciel. Elle se retrouve donc à prétendre à une compétence exclusive – la constatation d'invalidité d'un acte communautaire – sans avoir tous les moyens procéduraux à sa disposition pour l'exercer pleinement. Seul le juge interne peut donc octroyer des mesures provisoires au justiciable, et la Cour va lui demander d'user pour elle de cette capacité[214]. L'*incomplétude* du système des voies de droit est ici reconnue, et le remède qui y est apporté permet finalement de faire du système juridique de l'Union un système *complet par concours*, grâce au juge national.

68. Le droit écrit est donc univoque sur le fait qu'il n'y a pas de compétence procédurale en dehors des compétences définies dans les traités. Pour chaque compétence partagée entre l'Union et les États membres ou exclusive, le niveau qui dispose du titre peut prendre des mesures en matière procédurale. On trouve ainsi en droit dérivé un grand nombre de dispositions de nature procédurale qui réglementent les modalités procédurales devant le juge national. Certes, il est rare que l'exercice de cette compétence par l'Union soit exhausitf. Un des rôles de la Cour de justice est alors de « clarifier les lacunes » du droit de l'Union[215]. Or, en leur présence, le chemin le moins sinueux pour accéder aux droits garantis est celui qui passe par la *subsidiarité*, ce point commun « entre le Vatican, [les] *Länder* allemands et [les] syndicats suédois »[216]. L'exercice de la compétence procédurale est ainsi gouverné par le principe de subsidiarité juridictionnelle.

---

[213] Notamment dans le cadre du recours en annulation devant la Cour : CJCE, 21 février 1991, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, Rec. p. I-415, pt. 18.
[214] *Ibid.*, pt. 21.
[215] K. J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law*, *op. cit.*, p. 7.
[216] F. MARTUCCI, « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », *op. cit.*, p. 21-40. Principe d'origine théologique formulé par Thomas d'Aquin, utilisé par le pape Pie XI en 1931 en réaction au fascisme montant, réclamé par les *Länder* allemands dans le traité de Maastricht en 1992, et subtilement appelé par la Cour de justice dans les arrêts *Viking* et *Laval* pour mieux contrer l'autonomie des syndicats suédois dans l'établissement de normes juridiques. Nous renvoyons sur ces points à l'article précité, qui développe son point de vue sur les liens entre ces évènements juridiques hétérogènes.

Section 2 – Une expression de la subsidiarité juridictionnelle

69. L'exercice de la compétence procédurale par l'Union ou par les États membres est une expression de la subsidiarité juridictionnelle. Pourtant, à l'origine, une théorie de l'autonomie procédurale s'est imposée. Elle s'est construite sur un « malentendu » des juges, face à une doctrine qui parle d'autonomie procédurale, alors que le droit procédural ne constitue pas un « domaine réservé » des États dans les traités[217]. L'interprétation des traités et de la jurisprudence de la Cour selon laquelle il y aurait une autonomie est donc le fait de la doctrine (I), à un moment où le droit international était la seule référence intellectuelle en dehors d'un ordre étatique. Des voix s'élèvent néanmoins depuis la fin des années 1990 pour dénoncer la dissociation entre matière et procédure[218], alors que nulle part dans les traités une telle interprétation n'est possible. Mais la jurisprudence de la Cour ne peut pas être ignorée pour autant. L'idée d'une subsidiarité juridictionnelle prend ici tout son sens, mais recouvre des situations qui vont au-delà de ce qu'il est convenu d'appeler la « compétence procédurale » des États membres de l'Union européenne (II).

I – L'interprétation doctrinale d'une *autonomie*

70. Il est remarquable que l'idée d'*autonomie* émerge habituellement dans l'enchevêtrement des systèmes juridiques. Un parallélisme peut en effet être tracé entre le droit de l'Union et les raisonnements en droit international (A), qu'il soit public ou privé. Ces éléments externes peuvent permettre de mieux comprendre les raisons de l'acclimatation à la notion d'*autonomie*, partie de la doctrine, et adoptée par la Cour de justice (B).

---

[217] M. BOBEK, « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *op. cit.*, p. 319.

[218] À ce titre, le juge Rosas nie toute autonomie : A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, *op. cit.*, p. 272 ; Voir aussi, de manière générale, M. BOBEK, « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *op. cit.*, p. 305-323 ; l'ancien Avocat général W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures », *op. cit.,* p. 501-536 ; et l'ancien juge à la Cour de justice C. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », *op. cit.*, p.159-179. Voir, dans la doctrine française cette nuance posée par le professeur P. Cassia, qui a pu parler de « mal-dénommée 'autonomie' procédurale » : CASSIA P., « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2007, p. 402. L'auteur précise sa position contre l'existence d'une autonomie procédurale dans une contribution la même année : P. CASSIA, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *op. cit.*, p. 424. L'auteur mettait déjà l'autonomie entre guillemets en 2002 : P. CASSIA, « Quelles perspectives pour la recevabilité du recours en annulation des particuliers ? », *D.*, 2002, p. 2825, nous note 23. Par ailleurs, dans une chronique à la *Revue trimestrielle de droit européen*, les auteurs font mention d'une « prétendue autonomie procédurale » : L. BURGORGUE-LARSEN, E. SAULNIER-CASSIA, A. GEPPERT, H. JORRY et K. YANNAKOPOULOS, « Jurisprudences nationales intéressant le droit de l'Union européenne (2009) », *RTD eur.*, 2010, p. 433.

A. Le parallélisme en droit international

71. Laisser libre l'État dans ses choix des moyens d'exécution du droit est une technique du droit international public. Il est vrai que cette branche du droit laisse chaque État « libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables »[219], comme l'affirmait la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire du *Lotus* en 1927[220]. Par conséquent, l'exécution du droit international conventionnel par l'État partie laisse une « grande marge de pouvoir discrétionnaire » à ces derniers, du moins en ce qui concerne les dispositions non *self-executing*[221]. En 1972, dans un article qui fait date, le professeur J. Rideau a ainsi présenté l'autonomie dont bénéficient les États membres de la Communauté européenne en matière institutionnelle, lorsqu'ils exécutent le droit communautaire : « les organes compétents, les procédures à utiliser pour la mise en œuvre du droit communautaire sont déterminées par les prescription constitutionnelles étatiques »[222]. Dans un contexte post-schisme issu du congrès de Stresa de 1957[223], entre tenants de la nature internationale des Communautés et « supranationalistes » emmenés par l'avocat général Maurice Lagrange[224], le rapprochement fait par le professeur Rideau entre le raisonnement en droit international public et celui qui prévaut en droit communautaire semble être clair. Tout porte à croire également que, au début des années 70, le professeur Rideau considérait le droit communautaire comme faisant partie du droit international. Dans un ouvrage publié en 1971, soit un an avant l'article de l'*Annuaire français de droit international*, et intitulé *Droit international et droit interne français*[225], l'auteur traite dans deux partie séparées les questions relatives au « droit international général », et celles relatives au « droit communautaire », toutes deux, donc, partie d'un tout qui est le droit international[226]. Le professeur Rideau critiquait alors la doctrine publiciste française, dont

---

[219] A. HUET, « Compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux », *JCl Droit international*, 2011, Fasc. 581-10.
[220] CPJI, 7 septembre 1927, *Aff. du Lotus*. : P. DONNEDIEU DE VABRES, « Commentaire de l'affaire du Lotus », *RDIP*, 1928, p. 354.
[221] P. DAILLIER, M. FORTEAU, N. QUOC DINH, A. PELLET, *Droit international public*, 2009, 8ème éd., p. 255
[222] J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, p. 885.
[223] J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, 484 p, spéc. pp. 188 et s., et ce même s'il commençait à apparaître dans les universités françaises des Centres de droit européen, *Ibid.*, p. 391.
[224] M. LAGRANGE, « L'ordre juridique de la CECA vu à travers la jurisprudence de sa Cour de justice », *RDP*, 1958, n° 5, ainsi que l'avocat général à la Cour de justice de la CECA nomme ce groupe informel d'universitaires et de fonctionnaires de la Communauté pour la première fois.
[225] J. RIDEAU, *Droit international et droit interne français*, Paris, Armand Colin, 1971, 111 p.
[226] L'auteur explique de façon plus détaillée dans le texte que la théorie de la banalisation et celle de la spécificité du droit communautaire ne sont pas satisfaisantes. La première « nie la nécessité d'une

certains de ses membres, « aveuglés par des constructions intellectuelles idéalisées sur la nature de la société internationale », ont oublié « les impératifs étatiques »[227]. Cette position critique vis-à-vis du monisme donnant la primauté au droit international, telle qu'exprimée en 1971, est donc en cohérence parfaite avec l'affirmation doctrinale d'une *autonomie* des États membres des Communautés européennes exprimée un an plus tard dans la revue de droit international.

72. Cependant, l'autonomie dans les questions procédurales, elle, est une technique de droit international privé, qui semble alors constituer l'aire d'influence la plus notable dans l'identification d'une *autonomie* procédurale des États membres. Baignés de cette culture, les premiers juristes à s'être penchés sur l'application du droit communautaire auraient d'abord pensé ses rapports avec la mise en œuvre par les États membres, en termes de droit international privé[228]. Cette matière postule que « la compétence judiciaire et la compétence législative sont distinctes et […], de manière générale, l'une ne peut être absorbée par l'autre »[229]. Dans ce domaine donc, « chaque État est seul compétent pour imposer à ses propres organes les modalités de leur activité », de même que « chaque État a compétence exclusive pour s'auto-organiser et notamment pour définir les 'cas d'intervention de ses organes' »[230]. Cette terminologie rappelle étroitement celle adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne depuis les arrêts *Rewe* et *Comet* : « … *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*... »[231]. On pourrait alors penser que la Cour de justice des Communautés européennes a adopté le principe de droit international privé selon lequel loi matérielle et loi de procédure sont distinctes, la seconde relevant de la *lex fori*[232]. Le principe d'autonomie,

---

hiérarchie en l'absence de conflit », et la seconde est peu prudente à l'égard du juge national, qui ne serait pas prêt à l'admettre, *Ibid.*, p. 22-23.

[227] *Ibid.*, p. 6.

[228] Propos recueillis au cours d'un entretien avec le professeur K. Lenaerts, vice président de la Cour de justice, mai 2012. De même, C. Kessedjian cite A. Colombi Ciacchi (« Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union », *ERCL*, n. 3, 2010, p. 303), qui disait que l'autonomie est un *principe fondamental*, « mais sans que cette affirmation soit réellement démontrée ». C. Kessedjian précise que les tenants du principe fondamental écrivent essentiellement en droit international privé, « et ils entendent par là que l'autonomie est un principe général de droit international privé » : C. KESSEDJIAN, « Introduction », *op. cit.*, p. 11. Nous souscrivons à cette affirmation, même si A. Colombi Ciacchi écrit à propos de l'autonomie des parties en droit international privé des États membres de l'Union européenne, et non propos de l'autonomie même de ces États.

[229] A. HUET, « Compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux », *op. cit.*, pt. 9.

[230] P. MAYER, « Droit international privé et Droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, n° 1 ; cité par A. HUET, « Compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux », *op. cit.*

[231] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5 ; et *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 13.

[232] A. E. VON OVERBECK, « Juge interne et conventions de droit international privé », *RCADI*, 1971, vol. 132, p. 68.

fondement de l'application du droit international privé, s'analyse ainsi « comme localisant le contrat dans son milieu économique naturel, plutôt que selon la volonté discrétionnaire des parties »[233]. Cette autonomie aurait donc eu une identité de sens en droit international privé et en droit communautaire, la loi procédurale du for – c'est-à-dire celle de l'État membre territorialement compétent – s'appliquant *de facto*. Il est vrai cependant que d'aucuns tentent parfois de dire que le droit international privé n'est ni international, ni privé, mais qu'il serait, « *par ses sources, du droit interne, voire par son esprit et son objet, du droit public* »[234]. Cette double affirmation n'est cependant pas tout à fait exacte, le droit processuel relevant du droit privé dès lors qu'il ne règle pas les relations entre l'administration et ses administrés.

73. Cependant, dans une société internationale idéale, il y a cette « constatation indiscutable », selon le Doyen P. Louis-Lucas[235], et rappelée par B. Goldman, « que le conflit de lois appartient au domaine international puisqu'il met en cause, par définition, des intérêts juridiques répartis entre plusieurs États. On en tire cette conclusion, idéalement inattaquable : une difficulté internationale ne peut être correctement résolue que par un moyen international, c'est-à-dire que par une règle, non pas admise par un État en fonction des besoins internationaux de ses sujets, mais admise par l'ensemble des États en fonction des besoins internationaux de l'ensemble de leurs 'sujets' »[236]. Ces auteurs, qui écrivent là encore en droit international privé, relèvent donc la nécessité d'avoir des règles de conflit internationales lorsque la *lex fori* n'est pas apte à protéger des intérêts internationaux.

74. Ainsi, ce raisonnement met en évidence la nécessité de prendre en compte certains « objectifs internationaux, en raison du caractère international de la matière », et qui pourraient s'imposer aux États afin d'éviter, comme le souligne A. Huet, des divergences d'application du droit en fonction de la juridiction devant laquelle on se trouve[237]. Le législateur et le juge internes peuvent, dans cette perspective, avoir à prendre en compte des objectifs internationaux tels que la protection judiciaire, ou l'effectivité du jugement[238]. Ces intérêts ont été particulièrement relevés en 1971 et 1972 dans les *Cours de l'Académie de droit international*

---

[233] A. HUET, « Compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux », *op. cit.*, p. 312.
[234] B. GOLDMAN, « Introduction », *JCl Droit international*, 1960, Fasc. 5. Voir également K. LIPSTEIN, « General Principles of Private International Law », *RCADI*, 1972, vol. 135, p. 167 et s.
[235] P. LOUIS-LUCAS, « Conflits de lois, Théorie générale », *JCl Droit international*, 1959, Fasc. 530-A.
[236] B. GOLDMAN, « Introduction », *op. cit.*
[237] A. HUET, « Compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux », *op. cit.*, pt. 8.
[238] A. MIAJA DE LA MUELA, « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI*, 1972, vol. 135, n° 10, pp. 45 et s.

de La Haye[239], au moment où le professeur J. Rideau, publie à l'*Annuaire français de droit international* l'article fondateur de la notion d'*autonomie* en droit communautaire[240]. Un rapprochement pourrait ensuite être fait avec les principes de l'équivalence et d'effectivité en droit de l'Union, qui encadrent l'autonomie procédurale. On peut remarquer avec intérêt la référence faite au droit international privé pour résoudre des cas se posant en matière de droit de la concurrence, mettant au jour les similitudes entre les principes régissant ces deux domaines[241].

75. Ce rapport au droit international privé nous semble, en tout état de cause, souffrir d'incohérences. Le conflit de lois est certes une situation juridique mettant en concurrence les compétences de législations différentes[242], mais en droit international privé, ces législations appartiennent à des ordres juridiques spatiaux différents, si bien qu'on parle communément de « conflit de lois dans l'espace »[243]. Or, le caractère fondamentalement intégré de l'ordre juridique de l'Union à celui des États membres écarte la recevabilité d'une vision faisant du droit de l'Union la *législation* d'un *espace distinct* de celui d'un des États qui la composent[244]. Par conséquent, la notion d'autonomie en droit international privé ne peut pas être assimilée à la situation qui prévaut en droit de l'Union européenne, cela n'a pas empêché, loin s'en faut, la Cour de justice de s'acclimater à cette notion.

B. L'acclimatation à l'*autonomie* procédurale

76. L'invention du terme d'*autonomie* est le fait de la doctrine, et plus particulièrement de la doctrine française, par la voix du professeur Rideau[245]. Consécutivement, l'écho donné à cette découverte n'a cessé de croître, à la faveur d'une doctrine habituée à envisager la primauté

---

[239] Voir en premier lieu *Ibid.*, pp. 45 et s., puis voir aussi A. E. VON OVERBECK, « Juge interne et conventions de droit international privé », *op. cit.*, pp. 9-102, et K. LIPSTEIN, « General Principles of Private International Law », *op. cit.*, pp. 99-229. Le premier cours à l'Académie à traiter de l'autonomie en droit international privé fut en 1927 celui de J.-P. NIBOYET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *RCADI*, 1927, vol. 16, p. 5.

[240] J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, pp. 864-903. Il peut être souligné également, sans que cela ne constitue un indice, que le professeur J. Rideau avait été lui-même diplômé de l'Académie de droit international de La Haye en 1967.

[241] L. IDOT, « Procédural autonomy: Is it time for convergence? Les leçons du droit international privé », *Concurrences*, 2012, n° 2, p. 46.

[242] P. LOUIS-LUCAS, « Conflits de lois, Théorie générale », *op. cit.*, n. 1.

[243] *Ibid.*, n. 1.

[244] Voir l'intervention de W. HALLSTEIN, « Primauté du droit communautaire sur le droit des États membres », 1965, qui écrit que « le droit communautaire n'est pas un droit "étranger", mais s'applique directement dans les États membres [...] », car ici « il y a pleine identité du champ d'application territorial. Le droit communautaire s'adresse aux mêmes sujets juridiques que le droit national ».

[245] J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, p. 884.

« du seul point de vue du droit matériel, [n'accordant] que peu d'attention à son impact sur les procédures nationales »[246]. Le terme, qui s'est donc plus attaché par la suite aux questions procédurales qu'institutionnelles, a fini par être importé par les avocats généraux sur le plateau du Kirchberg pour que, *in fine*, la Cour se décide à s'en saisir.

77. Aux origines de la notion, donc, il y a cette *autonomie institutionnelle* décrite en 1972[247]. Néanmoins, au lendemain des deux arrêts *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976, le professeur Kovar a publié un commentaire fourni dans lequel il affirme que l'autonomie institutionnelle comprend l'*autonomie procédurale*, qui en serait une manifestation. Il cible plus précisément le fait que l'application du droit communautaire se fasse, en principe, « dans le respect des formes et procédures du droit national »[248]. À l'inverse, la désignation des « services compétents », autrement dit des pouvoirs publics chargés d'appliquer le droit de l'Union, sera déliée de l'autonomie procédurale, pour être cantonnée à l'autonomie institutionnelle seulement[249].

78. Depuis lors, la doctrine a pour une large part reçu favorablement la définition prétorienne telle que rappelée par le professeur Kovar. Ainsi, pour définir désormais le principe de l'autonomie procédurale, il est parfois directement renvoyé à la rédaction des arrêts *Rewe* et *Comet*[250] :

> « *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*

---

[246] R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, pp. 230-244, spéc. p. 235.
[247] Pour rappel, le professeur Rideau définit l'autonomie institutionnelle des États membres par le fait que « Les organes compétents, les procédures à utiliser pour la mise en œuvre du droit communautaire sont déterminées par les prescription constitutionnelles étatiques » J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, p. 885.
[248] R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, p. 232 ; voir aussi P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, pp. 75-102, spéc. p. 76 ; R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *op. cit.*, p. 686.
[249] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, p. 76.
[250] Les auteurs se reportant directement à la définition jurisprudentielle sont A. BARAV, « The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts », *op. cit.*, p. 260 ; D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, *op. cit.*, p. 7-9 ; J.-C. BONICHOT et F. GRÉVISSE, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », *in Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1990, pp. 297-310, p. 298.

> *en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire* »[251].

79. D'autres, sans s'éloigner du contenu essentiel, ont pu proposer des définitions plus personnelles. Par exemple, pour les magistrats J.-C. Bonichot et F. Grévisse, cette autonomie se définit comme étant la liberté qu'ont les États, « dans le cadre de leurs compétences propres, de déterminer les règles régissant, en leur sein, l'exercice de la fonction juridictionnelle »[252]. Cette définition contraste ainsi nettement avec celle donnée au début des années 70 par le professeur Rideau, en ce qu'elle ne prend en compte que les modalités procédurales juridictionnelles et non, plus largement, les spécificités constitutionnelles étatiques propres à organiser la répartition des pouvoirs au sein des autorités nationales. Certains encore se réapproprient quelque peu cette nouvelle définition, disant plutôt, mais sans s'opposer, que les États doivent « conférer, en l'absence d'une réglementation communautaire idoine, aux tribunaux les pouvoirs nécessaires à la sauvegarde des droits engendrés par l'ordre juridique communautaire »[253], ou plus simplement, que le principe « concerne le respect des formes et procédures nationales »[254]. Quoiqu'il en soit, même si ces définitions visent explicitement le principe de l'autonomie procédurale[255], certains sont parfois tentés de conserver l'expression

---

[251] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5 ; *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 12.

[252] J.-C. BONICHOT et F. GRÉVISSE, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », *op. cit.*, p. 298 ; mais cette association n'est pas automatique, et Daniel Sarmiento montre bien que l'autonomie institutionnelle peut toujours être traitée dans son acception seulement institutionnelle, voir par exemple « National Voice and European Loyalty. Member State Autonomy, European Remedies and Constitutional Pluralism in EU Law », *in* H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, p. 325.

[253] R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *op. cit.*, p. 686 ; N. Fennelly en donne une définition équivalente dans son article « The National Judge as Judge of the European Union », *op. cit.*, p. 69. Il explique en effet que « It is a matter for national law to establish courts with jurisdiction to provide remedies under national law and to lay down procedural rules and time limits for the pursuit of claims arising from EU law ».

[254] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, p. 76.

[255] Les auteurs faisant directement référence à l' « autonomie procédurale » telle que définie par la Cour de justice sont M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, pp. 394-396 ; P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU law : texts, cases and materials*, *op. cit.*, p. 320 ; D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, *op. cit.* ; S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *in* T. BAUMÉ, P. PHOA, E. ELFERINK et D. THIAVILLE (dirs.), *Today's Multilayered Legal Order: Current Issues and Perspectives, Liber amicorum in honour of Arjen W.H. Meij*, Paris Legal Publishers, 2011, pp. 283-294 ; E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, *op. cit.* ; P.-J. WATTEL, « National

d'autonomie institutionnelle inaugurée en 1972. C'est ainsi qu'ils n'hésitent pas à donner la définition prétorienne, pour ensuite la qualifier d' « autonomie institutionnelle et procédurale »[256], ou d' « autonomie institutionnelle » seulement[257]. Pour ces auteurs, ce n'est pas la définition par la Cour qui est remise en question, mais le fait qu'elle considère elle-même que le principe ne s'applique qu'aux questions procédurales. La Cour vise en effet, dans cette autonomie, la désignation des juridictions compétentes, d'une part, et les modalités procédurales des recours, d'autre part. Ainsi que nous l'interprétons, la première peut alors s'apparenter au pouvoir d'organisation de ses pouvoirs publics par un État membre, et donc concerner les modalités institutionnelles plus que celles, procédurales, judiciaires.

80. Le débat sur la dénomination du principe pourrait apparaître comme manquant d'intérêt pour les questions de fond, mais il semble bien au contraire y être directement lié. Si, à la suite de la Cour de justice, on considère que la désignation des juridictions compétentes relève de l'autonomie procédurale, alors l'encadrement par les principes de l'équivalence et d'effectivité, autrement dit la pénétration du principe de primauté par l'entremise de l'équivalence et de l'effectivité, est pleinement justifiée. Si, au contraire, on considère que cette question relève de l'autonomie institutionnelle à proprement parler, l'encadrement pourrait poser plus de problèmes, car nous serions alors en présence d'une compétence exclusive des États[258]. Il conviendra alors de déterminer le rôle de la doctrine dans ce débat terminologique, et d'en tirer les conséquences sur le fait que la Cour n'a véritablement envisagé d'encadrer la désignation des juridictions compétentes qu'à de très rares occasions[259].

81. Auparavant, cependant, l'absence de formulation explicite par la Cour du terme d'autonomie procédurale des États membres dans la jurisprudence, a amené le juge Kakouris à proclamer, dans un article publié en anglais puis en français, que cette notion n'avait en fait jamais été véritablement adoptée par la Cour, et n'était qu'une invention de la doctrine. Il est peu discutable que, en 1997, date à laquelle l'article est publié, aucun arrêt de la Cour ne

---

Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages? », *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, vol. 35, n° 2, p. 110.

[256] D. DAHLGAARD DINGEL, *Public Procurement: A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, *op. cit.*, p. 162 : « it is therefore left to national law to designate the courts having jurisdiction and to determine which procedures shall apply to a national judicial review of the application of the Community rules on the public procurement ».

[257] D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea*, Madrid, Civitas, 2004, p. 140-141 ; position réitérée dans un ouvrage collectif D. SARMIENTO, « National Voice and European Loyalty. Member State Autonomy, European Remedies and Constitutional Pluralism in EU Law », *op. cit.*, p.325-326.

[258] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 156.

[259] *Salgoil*, *op. cit.*, spéc. p. 675 ; CJCE, 9 juillet 1985, aff. 179/84, *Piercarlo Bozzetti*, Rec. p. 2312, pt. 17. Voir Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 2, II-B.

prononce encore l'expression « autonomie procédurale des États membres »[260]. Le juge explique par exemple que lors de l'application d'un règlement communautaire, « *cette exécution doit, en principe, avoir lieu selon les règles de forme et de procédure du droit national* »[261]. Mais il assortit aussitôt cette affirmation de la limite selon laquelle l'application de la procédure nationale doit se concilier avec les nécessités d'une application uniforme du droit communautaire. L'arrêt *Rheinmühlen*[262] utilise certes l'expression : « *de manière autonome* », mais cette formule ne se rapporte à aucune autonomie procédurale[263]. Le juge Kakouris a mis en lumière cette création doctrinale, en soulignant, sans équivoque, que la Cour n'avait non seulement jamais utilisé une telle expression, mais que surtout le principe n'avait jamais été reconnu, même indirectement. Il estime en effet que toute législation nationale adoptée sur la base du droit communautaire est elle-même du droit communautaire. Elle doit donc être « entendue et interprétée dans le contexte du droit communautaire et de ses finalités »[264]. Pour celui qui était alors juge à la Cour de justice, l'absence de réglementation procédurale communautaire dans un domaine n'est considérée par la Cour que comme étant provisoire. Par conséquent, ce principe n'a été consacré par la Cour à aucun moment.

82. Face à l'effervescence doctrinale, la Cour ne va pas tarder à prendre position aussi sur le plan terminologique. Un premier cap est franchi en 1993, lorsque le professeur J.-V. Louis identifie à son tour une « autonomie procédurale »[265]. Cette même année, l'avocat général Darmon, dans ses conclusions dans l'affaire *Steenhorst Neerings*, semble importer le principe pour la première fois dans les murs du palais du plateau du Kirchberg[266]. Il affirme en l'occurrence que les questions posées à la Cour tendent à « voir préciser [sa] jurisprudence relative à ce qu'il est convenu d'appeler 'l'autonomie procédurale' des ordres juridiques

---

[260] C. KAKOURIS, « Do the Member States possess judicial procedural autonomy ? », *CMLR*, 1997, p. 175, sous note 33. Une position comparable est développée également par J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*

[261] CJCE, 6 juin 1972, aff. 94/71, *Schluter & Maack*, Rec. p. 307, pt. 10.

[262] CJCE, 27 octobre 1971, aff. 6/71, *Rheinmühlen*, Rec. p. 823.

[263] C. KAKOURIS, « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », *op. cit.*, p. 173.

[264] *Ibid.*, p. 161.

[265] J.-V. LOUIS, « La collaboration des États membres à la mise en oeuvre du droit communautaire », *in Le droit de la C.E.E. Commentaire Mégret*, 2ème éd., Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, coll. « Études européennes », 1993, vol.10, pp. 591-601, pp. 591-601.

[266] La réception par les avocats généraux des expressions doctrinales non jurisprudentielles a été étudiée dans le détail par L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 704-715.

internes des États membres »[267]. Deux ans plus tard, l'avocat général Léger fixe dans des conclusions la dénomination définitive d'« *autonomie procédurale des États membres* »[268].

83. De son côté, et comme il a déjà été vu, la Cour donne raison à ceux qui identifient la formule *Rewe* et *Comet* comme étant l'expression d'une autonomie *procédurale*, et non institutionnelle, ni institutionnelle et procédurale[269]. Cela se passe en 2006, et sa formule est explicite, en plus de considérer que le principe est présent depuis un certain temps dans sa jurisprudence : « *selon une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, les modalités procédurales visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire relèvent de l'ordre juridique interne de chaque État membre en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres* »[270]. La Cour de cassation française avait auparavant, dans un arrêt de 2004, mentionné cette *autonomie procédurale*[271].

84. L'apparition d'une définition communautaire du principe dans les deux arrêts de 1976, puis sa qualification en 2006 auraient alors dû la fixer de manière stable. Or, il n'a pas échappé au lecteur que la doctrine n'a pas choisi, dans son ensemble, de suivre les préceptes de la Cour. Si un justiciable doit se conformer au verdict du juge, cela n'empêche pas l'observateur de contester « l'affirmation selon laquelle elle aurait ainsi trouvé la seule réponse correcte, voire la meilleure réponse possible en droit »[272]. Des auteurs autres que ceux cités plus haut ont pu, en usant de leur liberté la plus naturelle, critiquer cette affirmation de la Cour ou, au contraire, la soutenir[273].

85. Le principe de l'autonomie procédurale des États membres consiste en définitive, et de façon insidieuse, à reconnaître que la procédure en question tombe dans le champ de la mise en œuvre du droit de l'Union. L'autonomie est en fait une illusion qui, parce qu'elle est au cœur

---

[267] Conclusions présentées le 31 mars 1993 dans l'affaire CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-338/91, *Steenhorst-Neerings*, Rec. p. I-5475, pts. 1, 19 et 21.
[268] Conclusions présentées le 20 juin 1995 dans l'affaire CJCE, 23 mai 1996, aff. C-5/94, *Hedley Lomas*, Rec. p. I-2553.
[269] Si donc nous devons la notion d'*autonomie* à J. Rideau en 1972, c'est l'*autonomie procédurale* dégagée par R. Kovar en 1977 qui est reprise par la Cour, trente ans après son article. Voir J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *op. cit.*, pp. 884 et s. et R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, p. 232.
[270] *i-21 Germany et Arcor AG*, *op. cit.*, pt. 57 (nous soulignons). V. MICHEL avait par ailleurs noté que la Cour n'usait toujours pas, en 2003, du vocabulaire de la doctrine, V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, p. 426.
[271] Cass. Com., 14 décembre 2004, n° 02-17012, *Pharma-Lab,* Bull. 2004 IV, n° 225, p. 254.
[272] J. BENGOETXEA, « Le raisonnement juridique et la théorie du droit », *in* P. MBONGO et A. VAUCHEZ (dirs.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 151.
[273] Voir ci-dessous II-A.

de la diplomatie de cours entre la Cour de justice de l'Union européenne et les juges des États membres, peut être qualifiée de miroir aux alouettes, dont les conséquences sont plutôt celles d'une tunique de Nessos : voulant fidéliser les cours nationales, la Cour de justice leur concède une autonomie qui, finalement, va se révéler porteuse de plus d'intégration, au détriment même de l'autonomie auparavant reconnue. Il ne fait pas de doute que la primauté du droit de l'Union commande un tel encadrement des procédures nationales, encadrement révélateur d'une subsidiarité juridictionnelle.

II – De la compétence procédurale à la subsidiarité juridictionnelle

86. La Cour de justice est régulièrement face à des situations de collisions indirectes entre une disposition substantielle de l'Union et une modalité procédurale interne. Les cas dans lesquels elle fait appel à ce qu'elle nomme « autonomie procédurale » sont cependant minoritaires. En tout état de cause, chaque situation de conflit entre un droit substantiel de l'Union et un droit procédural interne met au jour une compétence procédurale (A), dont la Cour régule la répartition grâce au principe d'exercice des compétences qu'est la subsidiarité (B).

A. De la compétence procédurale à la subsidiarité

87. La mère des décisions sur la répartition des compétences juridictionnelles est l'arrêt *Simmenthal.* Dans cette décision du corpus constitutionnel de la jurisprudence de la Cour, les juges ont établi cette célèbre formule exprimant la primauté du droit communautaire : « *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* »[274]. Tout comme cela avait été le cas dans l'arrêt *Costa contre ENEL* en 1964, la Cour de justice met entre les mains du juge national le pouvoir de donner à la primauté toute sa portée, en utilisant cette règle de conflit de lois au détriment du droit national contraire au droit communautaire. Allant plus loin ici, la Cour précise que le juge doit agir « *dans le cadre de sa compétence* ». Cette compétence, qui peut être soit substantielle soit procédurale, est délimitée par les traités, en premier lieu. Or, la compétence dont il est question est celle du juge national en particulier, et non de l'État membre en général. Le caractère juridictionnel de l'exercice de

[274] *Simmenthal*, *op. cit.*, pt. 24 ; et pour un exemple plus récent, CJUE, 5 octobre 2010, aff. C-173/09, *Elchinov*, Rec. p. I-8889, pt. 31.

la compétence procédurale apparaît dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui se charge de cette répartition entre elle-même et le juge national[275]. Cette répartition se fait principalement à l'aide des critères directeurs d'équivalence et d'effectivité, qui permettent à la Cour de justice de déterminer au moyen de prescriptions le degré de marge de manœuvre du juge national. Les pouvoirs dont il est question ici relèvent ainsi de la compétence *judiciaire*, donc de la compétence *procédurale*. La validité de la jurisprudence *Simmenthal* à l'égard des modalités procédurales internes se vérifie d'ailleurs largement dans la pratique décisionnelle de la Cour. En effet, dans nombre de ses décisions relevant d'un conflit indirect entre droit substantiel de l'Union et droit procédural interne, elle rappelle que « *le juge national [est] chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les disposition du droit de l'Union* »[276].

88. Il convient de noter toutefois, à la suite de l'Avocat général Mancini, que « le fait de se servir du principe de l'effectivité ne revient pas à invoquer la doctrine des pouvoirs implicites ; cela signifie seulement […] interpréter extensivement un 'pouvoir énoncé' »[277]. La répartition des compétences ne concerne pas, en effet, l'attribution des titres entre le juge de l'État membre et la Cour, mais il s'agit de déterminer qui exerce cette compétence. Pour la Cour, donc, le fait de procéder à la répartition de la compétence procédurale entre elle-même et le juge national, ne revient pas à restreindre ou à étendre la liste des compétences de l'Union, mais seulement à en moduler le niveau d'exercice. Cette répartition des rôles n'est d'ailleurs pas immuable, et peut varier au gré de l'évolution réglementaire. Dans l'arrêt *VEBIC* du 7 décembre 2010, la Cour exprime bien le caractère temporaire de l'exercice par l'État membre de la compétence, en écrivant qu' « *en l'absence de réglementation de l'Union, les États membres demeurent compétents, conformément au principe de l'autonomie procédurale* »[278]. Le sous-entendu prête assez peu à confusion, et signifie qu'en présence d'une réglementation de l'Union, les États

[275] Dans l'arrêt CJUE, 29 octobre 2009, aff. C-63/08, *Virginie Pontin*, Rec. p. I-12467, pt. 38, la Cour exprime ce caractère juridictionnel par ces mots : « *Il convient également de relever qu'il incombe à la Cour de prendre en compte, dans le cadre de la répartition des compétences entre les juridictions communautaires et nationales…* ».

[276] *Elchinov*, *op. cit.*, pt. 31. Voir aussi, pour d'autres exemples de modalités procédurales CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, *Factortame*, Rec. p. I-2433, pt. 19 ; *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*, pt. 32 ; CJUE, 22 juin 2010, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, Rec. p. I-5667, pt. 43 ; ou encore CJUE, 26 février 2013, aff. C-617/10, *Aklagaren contre Arkerberg Fransson*, n. e. p., pt. 45.

[277] Conclusions du 31 mars 1987, pt. 16, dans l'affaire CJCE, 9 juillet 1987, aff. jointes C-281, 283, 284, 285 et 287/85, *Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni contre Commission*, Rec. p. 3203.

[278] *VEBIC*, *op. cit.*, pt. 63.

membres ne seront plus compétents, conformément à la répartition dynamique des compétences telle que développée par la doctrine[279].

89. Dans ce travail de régulation de la compétence procédurale, le pouvoir de déclarer qu'une norme communautaire de droit dérivé est conforme au droit primaire fut reconnu au juge national dans l'arrêt *Foto-Frost*[280]. Il s'agit en effet du « premier jugement qui montre l'émergence d'une compétence du juge national dans la déclaration de validité des mesures communautaires »[281]. Cet arrêt montre de manière explicite le rôle central de la Cour dans la répartition de la compétence procédurale. De même, à partir du moment où l'État membre est reconnu comme le lieu d'exercice de ce pouvoir procédural, « *il appartient dès lors à l'ordre juridique interne de chaque État membre d'établir les règles d'exercice d'une telle compétence* »[282]. Cette compétence d'organiser ses propres modalités de mise en œuvre du droit de l'Union lorsque la Cour de justice indique qu'elle revient à l'État membre, vise l'ensemble des organes étatiques. Il est constant en effet que, « *en vertu, notamment, du principe de coopération loyale, consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, il incombe à toutes les autorités des États membres, y compris les organes administratifs et juridictionnels, d'assurer le respect des règles du droit de l'Union dans le cadre de leurs compétences* »[283]. Par la suite, une autre répartition de la compétence a été rappelée par la Cour dans l'arrêt *T-Port*, sur l'interdiction faite au juge national de constater la carence des institutions de l'Union[284].

---

[279] Voir par exemple V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, et D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.* ; ou encore, en ce qui concerne l'évolution des seules compétences exclusives, K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *op. cit.*, p. 3-33.

[280] *Foto-Frost*, *op. cit.*, pt. 14. La Cour écrit que les « *juridictions peuvent examiner la validité d'un acte communautaire et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens en concluant que l'acte est pleinement valide. En effet, en agissant de la sorte, elles ne mettent pas en cause l'existence de l'acte communautaire* ».

[281] D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, *op. cit.*, p. 68 (nous traduisons).

[282] CJUE, 9 mai 2014, aff. C-583/12, *Sintax Trading OÜ*, n. e. p., pt. 50. BOUVERESSE A., *Europe*, juin 2014, comm. 252. Dans son commentaire, l'auteur souligne que « En arrière-plan de la détermination de la compétence éventuelle des autorités douanières pour déclencher comme pour mettre en oeuvre la procédure, est questionnée en réalité l'étendue de l'autonomie procédurale des États membres et de son encadrement au regard, notamment, des garanties procédurales qui doivent être reconnues aux particuliers dans le cadre des procédures nationales destinées à mettre en œuvre le droit de l'Union ».

[283] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 64.

[284] CJCE, 26 novembre 1996, aff. C-68/95, *T. Port*, Rec. p. I-6065, pt. 53. La Cour rappelle que « *le traité n'a pas prévu la possibilité d'un renvoi par lequel une juridiction nationale demanderait à la Cour de constater à titre préjudiciel la carence d'une institution et que, dès lors, les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour prescrire des mesures provisoires en attendant que l'institution ait agi. Le contrôle de la carence relève de la compétence exclusive de la juridiction communautaire* ».

90. L'arrêt *Foto-Frost* est décidément un exemple topique de la répartition de la compétence procédurale. Non seulement la Cour y reconnaît au juge interne un pouvoir de déclaration de validité, mais elle s'arroge par la même occasion une compétence exclusive pour juger l'inverse : elle est en effet désormais « *seule compétente pour constater l'invalidité d'un règlement communautaire* »[285]. Par ces mots, la Cour s'approprie l'exercice d'une compétence qui, conformément à l'application de la subsidiarité juridictionnelle, sera mieux exercée par la Cour que par les juridictions nationales, dans un souci d'application uniforme du droit de l'Union. Qu'advient-il alors lorsque le juge national, privé de son pouvoir de déclaration d'invalidité, procède à un renvoi préjudiciel mais ne peut prendre des mesures provisoires qui lui permettraient de garantir une protection juridictionnelle effective des justiciables ? Son incompétence en matière de reconnaissance d'invalidité entraînerait, logiquement, son incompétence en matière de mesures provisoires dans le cadre d'une procédure en déclaration d'invalidité. Néanmoins, pour permettre une véritable protection, la Cour de justice va charger le juge national de la compétence de prononcer de telles mesures provisoires, mais selon des modalités strictement prévues elle-même. C'est un des intérêts majeurs de la jurisprudence *Zuckerfabrik*[286].

91. Ainsi, l'encadrement par la Cour de justice des modalités procédurales permettant au juge interne de prononcer des mesures provisoires en présence d'un doute sur la validité d'un acte de droit dérivé, est une « limitation de la 'subsidiarité judiciaire' »[287]. Dans le cadre de cette subsidiarité, la Cour de justice a procédé à un déplacement de l'exercice de la compétence procédurale à son propre bénéfice. La compétence dont il est question ici est celle d'attribuer des mesures provisoires en présence d'un acte de droit dérivé potentiellement contraire au droit de l'Union. Il faut alors rappeler que la Cour, dans l'arrêt *Foto-Frost*, avait considéré qu'elle était seule compétente pour déclarer un règlement contraire au droit communautaire. Cette jurisprudence *Zuckerfabrik* est donc, à défaut d'une entorse à cette compétence, une utilisation du juge interne pour un meilleur exercice de cette compétence. Il s'est alors passé dans cette affaire une centralisation de la compétence de la protection provisoire, simultanément à une déconcentration de cette compétence, sous le contrôle étroit de la Cour.

---

[285] *Foto-Frost*, *op. cit.*, pt. 20.

[286] *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.* Voir AUBY J.-B., *Droit administratif*, avril 1991, fasc. 635-2 ; BONICHOT J.-C, *Petites affiches*, 1991, n. 62, p. 26 ; LE MIRE P., *AJDA,* 1991, p. 237 ; MEHDI R., « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTD eur.*, 1996, pp. 77-100 ; SCHERMERS M., *CMLR,* 1992, p. 133 ; SIMON D., *JDI,* 1991, p. 411.

[287] SIMON D., *Système juridique communautaire*, PUF, 3ème édition, 2003, p. 423.

92. L'Avocat général Darmon relève à juste titre dans ses conclusions dans l'affaire *Steenhorst-Neerings* que « cette compétence nationale n'est toutefois pas sans limite »[288]. Il est vrai, ainsi que l'affaire *Zuckerfabrick* et les mesures provisoires prononcées par le juge national l'ont montré, que la Cour de justice, pour déterminer le lieu d'exercice de la compétence procédurale et son degré de contrainte, réfléchit en termes de *subsidiarité juridictionnelle*.

B. De la subsidiarité à la subsidiarité juridictionnelle

93. Les professeurs M. Accetto et S. Zleptnig écrivent que « l'autonomie procédurale nationale est considérée comme faisant partie de la mise en œuvre décentralisée du droit communautaire »[289]. Ces deux auteurs reprennent alors de J. Guillarmod[290] le terme de *subsidiarité procédurale*, si proche du principe de *subsidiarité*[291]. Pour autant, les deux ne doivent pas être confondus. Le principe de subsidiarité est « un principe régulateur du partage de l'exercice des compétences entre l'Union européenne et les États membres. Par conséquent, elle n'est appelée à intervenir que dans les domaines de compétences concurrentes ou partagées »[292], puisque contrairement à un écho trop souvent entendu, subsidiarité n'est pas synonyme d'incompétence[293].

---

[288] Conclusions présentées le 31 mars 1993, pt. 17, dans l'affaire *Steenhorst-Neerings*, *op. cit.*

[289] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 395.

[290] J. GUILLARMOD, « Autonomie procédurale des États (articles 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg », *in* P. MAHONEY, MATSCHER, PETZOLD et WILDHABER (dirs.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag K. G., 2000, pp. 617-633, p. 622.

[291] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 395.

[292] A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 82. On pourra utilement se reporter aux travaux d'envergure sur le principe de subsidiarité dont notamment ceux de G. A. BERMANN, « Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States », *Col. L. R.*, 1994, vol. 94, n° 2 ; S. BERRADA, « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *RAE*, 1998 ; B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2012, n° 2 ; H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les États membres », *RMUE*, 1992, n° 4 ; V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité, un passage obligé vers l'Union européenne », *in L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 42 ; V. CONSTANTINESCO, « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *RMUE*, 1992, n° 4 ; V. CONSTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTD eur.*, 2005 ; F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, 538 p ; F. DINTILHAC, « Subsidiarité », *Répertoire communautaire Dalloz*, 1999 ; F. THOMAS, *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Paris II Panthéon-Assas, Paris, 1998.

[293] F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *RAE-LEA*, 1998, n° 1, p. 95.

94. La subsidiarité juridictionnelle, elle, a pour objet de confier aux juges nationaux la responsabilité de veiller à la bonne application du droit de l'Union dans les ordres juridiques internes[294]. Le mécanisme de la question préjudicielle est central sur ce point, en ce qu'il permet une véritable application décentralisée du droit de l'Union[295]. Dans le même sens, les professeurs Verdussen et Willemart estiment que « la subsidiarité est dite juridictionnelle lorsqu'elle est envisagée par rapport aux garanties juridictionnelles, donc procédurales, d'ordres juridiques »[296]. C'est, comme le disait déjà le professeur Kovar en 1973, pour évaluer l'efficacité de l'application du droit communautaire, dont un des tests est son « aptitude à faciliter sa réception au niveau le plus tangible de la vie sociale »[297]. Étant donné que la Cour se fonde essentiellement – mais pas seulement – sur les compétences partagées pour déterminer « la ligne de partage entre la compétence des juridictions nationales et sa propre compétence »[298], l'intervention du principe de subsidiarité n'en est que plus légitime[299]. Le principe de subsidiarité[300], avec lequel il ne doit pas être confondu, peut néanmoins aider à définir cette subsidiarité juridictionnelle, comme a tenté de le faire le professeur Simon en paraphrasant l'article 3 B CE issu du traité d'Amsterdam : « la *Cour de justice* n'intervient, conformément au principe de subsidiarité que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les juridictions nationales et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés

---

[294] J. DUPONT-LASALLE, « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.*

[295] G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 46.

[296] M. VERDUSSEN et E. WILLEMART, « La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », *in* M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 261.

[297] R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », *op. cit.*, p. 201. Il faut spécifier que Robert Kovar ne parle pas, encore, de subsidiarité juridictionnelle, la subsidiarité communautaire n'apparaissant elle-même formellement qu'en 1992.

[298] D. DERO-BUGNY, « Observation sous CJUE, 8 mars 2011, Lesoochranarske zoskupenie VLK, aff. C-240/09 », *JDI*, 2012, n° 2, pp. 721-724, spéc. p. 722.

[299] L'article 5, paragraphe 3 TUE écarte de l'application dudit principe les situations dans lesquelles l'Union a une compétence exclusive : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. » Voir l'utilisation que fait M. Roccati de la notion de subsidiarité à propos de l' « autonomie procédurale », M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 272-290.

[300] Voir sur ce thème V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité, un passage obligé vers l'Union européenne », *op. cit.* ; V. CONSTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *op. cit.* ; K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *op. cit.*, p. 3-83 ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*

au niveau de la *Cour de justice* »[301]. Ce que d'aucuns appellent l' *autonomie procédurale* - et que nous nommons *compétence procédurale* – est ainsi conforme avec l'idée de subsidiarité[302], principe qui est sous-jacent à la structure des traités depuis l'origine des Communautés[303].

95. Instrument juridique apparu lors du Traité sur l'Union européenne adopté en 1992 pour contrebalancer les possibilités étendues de réduire les compétences résiduaires des États membres dues au passage au vote à la majorité qualifiée initié lors de l'Acte unique européen et à l'élargissement des compétences au-delà du seul cercle économique[304]. C'est ainsi qu'est apparu un article 3 B du traité instituant la Communauté européenne qui a fait formellement entrer la subsidiarité dans le droit écrit du droit communautaire[305]. Or ce principe a pour fonction première de « présider à la répartition constitutionnelle des compétences » entre l'Union et ses États membres[306]. Il ne préjuge pas de l'orientation que prendra cette répartition, car il peut justifier « tant une attitude défensive des États membres à l'encontre de nouvelles actions communautaires qu'une concentration d'actions au niveau communautaire »[307].

96. Or, l'application de ce principe est seulement possible dans le cadre des compétences partagées entre l'Union et ses États membres. Il faut toutefois inclure dans cette catégorie celles des compétences qui, à un moment partagées, sont devenues exclusives par exercice et qui

---

[301] D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, pp. 84-94, spéc. p. 85.
[302] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse? », *ELR*, 2011, n° 36, p. 52.
[303] C. F. WALKER, « The principle of subsidiarity », *Irish Jour. Eur. Law*, 1995, p. 30.
[304] Dans leur article, K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *op. cit.*, p. 7 détaillent les apports sur ce point de l'Acte unique européen et du Traité sur l'Union européenne de 1992.
[305] Même si un débat a pu courir sur l'existence sous-jacente dudit principe dès 1957 : voir les opinions opposées de C. F. WALKER, « The principle of subsidiarity », *op. cit.*, p. 30 : « The principle of subsidiarity has been, in various forms, part of Community law since the foundation of the Community » ; voir aussi dans le même sens A. G. TOTH, « The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty », *CMLR*, 1992, p. 1080 et s., et dans le sens contraire K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *op. cit.*, p. 9. Quoiqu'il en soit, la Cour de justice a depuis l'origine le souci de préserver « l'existence politique des États » lorsqu'elle avance « sur la voie de l'intégration » : conclusions rendues par l'avocat général M. Poiares Maduro le 8 octobre 2008 dans l'affaire CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, *Michaniki*, Rec. p. I-9999, pt. 31.
[306] K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *op. cit.*, p. 8 et s.
[307] D. TRIANTAFYLLOU, *Des compétences d'attribution au domaine de la loi*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 37.

restent, elles, et contrairement à celles exclusives par nature, soumise au respect de ce principe supra-constitutionnel qu'est la subsidiarité[308].

97. La Cour lie le principe de subsidiarité en droit de l'Union à la subsidiarité juridictionnelle, notamment lorsqu'elle considère que lorsque le droit dérivé renvoi explicitement aux dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres pour exécuter une obligation, cela signifie, pour les juridictions nationales, qu'un large exercice de leur compétence leur est accordé. Cette expression du principe de subsidiarité dans le droit dérivé a donc son pendant dans le droit processuel interne, en tant que subsidiarité, cette fois juridictionnelle. La Cour, face à un instrument ayant laissé, au nom du principe de subsidiarité, une large marge de manœuvre aux États membres dans ses modalités d'application, en tire les conséquences sur le plan procédural :

> « *les considérations ci-dessus exprimées* [la compétence juridictionnelle encadrée par les critères de l'équivalence et d'effectivité, *ndla*] *ont trouvé, entre autres, leur expression dans le règlement du Conseil n. 729/70 (…) dont l'article 8 prévoit en termes explicites l'obligation pour les États membres, agissant pour le compte de la Communauté, de récupérer les avantages financiers qui auraient été irrégulièrement octroyés, mais ajoute que cette récupération se fera 'conformément aux dispositions législatives, règlementaires et administratives nationales'. Il résulte cependant de ces considérations que le renvoi explicite aux législations nationales est soumis aux mêmes limites que celles qui affectent le renvoi implicite dont la nécessité a été reconnue en l'absence de réglementation communautaire, en ce sens que l'application de la législation nationale doit se faire de façon non discriminatoire par rapport aux procédures visant à trancher des litiges de même type, mais purement nationaux, et que les modalités de procédures ne peuvent aboutir à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par le droit communautaire* »[309].

98. Cette relation casuelle apparaît nettement encore dans l'arrêt *Emmott*. Rappelant que « *la liberté du choix des voies et moyens destinés à la mise en œuvre de la directive* » est

---

[308] K. LENAERTS et P. VAN YPERSELE, « Le principe de subsidiarité et son contexte : étude de l'article 3B du traité CE », *op. cit.*, p. 28. Le caractère « supra-constitutionnel » du principe est défendue par les mêmes auteurs, p. 10 de l'article.
[309] *Ferwerda*, *op. cit.*, pts 11-12.

réservée aux États membres, ce n'est qu'à la condition que ceux-ci respectent leur obligation de prendre « *toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer le plein effet de la directive* »[310]. Par conséquent, cette obligation implique que les droits des particuliers créés par la directive puisse leur permettre de s'en prévaloir, « *le cas échéant, devant les juridictions nationales* »[311].

99. Cette subsidiarité juridictionnelle implique une dynamique dans les rapports entre juge interne et juge de l'Union[312], de la même manière que le principe de subsidiarité implique un déplacement constant de ce « niveau le plus tangible de la vie sociale » en fonction des nécessités sociales. Elle implique aussi une franchise entre les juges, alors que l'autonomie procédurale joue comme un miroir aux alouettes, se dérobant au profit des principes d'encadrement. La subsidiarité juridictionnelle, donc, « explique – davantage que l'autonomie procédurale qui paraît statique et 'subordonnée à une obligation de résultat'[313] –, les variations de la jurisprudence de la Cour de justice »[314]. Elle postule en effet une compétence de principe du juge interne pour la mise en œuvre du droit de l'Union, et une compétence subsidiaire de la Cour de justice[315], si bien qu'on parle alors, pour être plus juste, de « compétence procédurale », et non d'autonomie procédurale[316]. La subsidiarité juridictionnelle est alors vue comme une expression particulière de la compétence procédurale des États membres de l'Union européenne[317], elle-même découlant du rôle du juge interne en tant que juge de droit commun du droit de l'Union[318]. Ce rôle crucial du juge national ressort notamment des écrits du juge

---

[310] CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-208/90, *Emmott*, Rec. p. I-4292, pt. 18.
[311] *Ibid.*, pt. 19.
[312] F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, p. 97 : « le concept de subsidiarité nous paraît plus apte à exprimer, à rendre compte de ces régulations évolutives. La référence à la subsidiarité traduit la recherche d'un équilibre (certes mouvant, mobile) entre d'un côté l'autonomie procédurale et de l'autre l'efficacité du droit communautaire ».
[313] R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE*, 1993, p. 72.
[314] C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 289.
[315] Voir pour une étude d'ensemble D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.* ; mais aussi, pour une actualisation J. DUPONT-LASALLE, « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *op. cit.* D'autres auteurs encore associent directement l'autonomie procédurale à la subsidiarité juridictionnelle : J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 527 p ; B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *op. cit.*
[316] Nous traduisons, d'après l'expression « procedural competence » proposée par W. van Gerven dans son article « Of Rights, Remedies and Procedures », *op. cit.*, pp. 501- 536, spéc. p. 502.
[317] Il a d'ailleurs été proposé de ne pas confondre subsidiarité juridictionnelle et autonomie procédurale : D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, pp. 84-94, spéc. p. 89.
[318] Voir les thèses de A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*,Université Robert Schuman, Strasbourg, 1983 ; et de O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.* ;

Lenaerts qui déclare que « les États membres ont l'obligation de désigner la cour ou le tribunal compétent auquel les individus pourront s'adresser pour assurer la protection des droits qu'ils tirent de l'application du droit communautaire »[319].

100. Le principe de subsidiarité est inscrit dans les traités et est un principe opérationnel pour la Cour de justice, qui en exerce le contrôle. La subsidiarité juridictionnelle, elle, est plutôt une déduction du comportement de la Cour. On utilise alors la même technique que les astrophysiciens, qui repèrent l'existence d'une planète à l'ombre furtive constatée dans son champ d'observation, sans jamais vraiment voir cette planète. En matière procédurale, la Cour aurait conscience des conséquences nécessaires du principe « maître » de subsidiarité, qu'elle utiliserait pour moduler ses exigences à l'égard du juge interne. Ainsi, à la manière des ombres des astrophysiciens, les principes d'encadrement des modalités procédurales nationales – équivalence, effectivité, protection juridictionnelle effective, etc. – « ont délimité en creux les contours de la compétence de mise en œuvre du droit de l'Union que les juges de Luxembourg partagent avec les juridictions nationales »[320]. Ainsi, dans un domaine fortement transféré comme le contrôle des aides d'États, la subsidiarité juridictionnelle jouera plus au profit de la Cour de justice de l'Union européenne que du juge national. La Cour de justice a elle-même rappelé dans son arrêt *Lucchini* du 18 juillet 2007 que « *dans l'ordre juridique communautaire, les compétences des juridictions nationales sont limitées tant dans le domaine des aides d'État qu'en ce qui concerne l'invalidation des actes communautaires* », visant notamment les compétences procédurales[321]. Elle est ainsi revenue, dans cet arrêt, sur la sacralisation de l'autorité de la chose jugée des décisions nationales, faisant là la démonstration de la force d'attraction de la compétence matérielle sur la compétence procédurale, dont le vecteur est la subsidiarité juridictionnelle. Sans pour autant nous contredire, il faut néanmoins relever qu'en matière de mise en œuvre juridictionnelle du droit de l'Union par les États membres, le principe de subsidiarité commande de laisser, la plupart du temps, l'exercice de la compétence dans son

---

ainsi que R. Lecourt qui écrivait que « tout juge national est aussi juge communautaire » R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2008, 321 p.

[319] Nous traduisons (« the Member States are under an obligation to designate the competent court or tribunal to which individuals may apply with a view to protecting the rights which they derive from the application of Community law ») : K. LENAERTS et D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 84.

[320] F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.*, p. 597.

[321] CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-119/05, *Lucchini SpA contre MICA*, pt. 49.

volet procédural aux États membres[322], lorsque la compétence dans son volet matériel est plus facilement exercée par le législateur européen.

101. Ce phénomène n'est pourtant pas propre au droit de l'Union, et sa formulation dans l'ordre juridique issu des traités de Rome a certainement été facilitée par la voie de la comparaison des systèmes, notamment avec le système conventionnel. Il appert en effet que « c'est dans la Convention européenne des droits de l'homme que la notion révèle toutes ses potentialités »[323]. Dans sa thèse sur la subsidiarité inversée, F. de Paul Tetang rappelle et confirme que la subsidiarité juridictionnelle n'a été véritablement pratiquée que par la Cour européenne des droits de l'homme, et très peu seulement par la Cour de justice de l'Union européenne[324]. La Cour de Strasbourg est d'ailleurs depuis longtemps explicite sur le rôle de la subsidiarité dans sa politique jurisprudentielle : « *le mécanisme de sauvegarde instauré par la CEDH revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme* »[325]. Il est d'ailleurs remarquable que la Cour européenne des droits de l'homme ait formulé cela dans l'arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*, qui a été rendu neuf jours avant les arrêt *Rewe* et *Comet* de la Cour de justice des Communautés européennes du 16 décembre 1976.

102. Il est latent que la Cour de justice « choisit » les cas dans lesquels elle fait appel aux différentes notions de la compétence procédurale : compétence, autonomie procédurale, effectivité, efficacité, équivalence, ou encore protection juridictionnelle effective, alors que dans tous ces cas, c'est bien une collision indirecte entre une disposition substantielle de l'Union et modalité procédurale interne qui a lieu. La Cour de justice, dans l'utilisation de la subsidiarité juridictionnelle se sert de l'intensité normative qui entoure le cas d'espèce, afin de moduler le lieu de l'exercice de la compétence procédurale.

---

[322] D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, *op. cit.*, p. 54.
[323] M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Centre d'études constitutionnelles et administratives », n° 19, 2000, p. 261.
[324] F. DE PAUL TETANG, *La subsidiarité inversée en droit européen. Contribution à l'étude des rapports de systèmes entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Poitiers, 2012, p. 37-39.
[325] CEDH (plén.), *Handyside contre Royaume-Uni*, 7 décembre 1976. Voir commentaire aux *Grands arrêts de la CEDH*, Paris, PUF, Thémis, 6ème éd., 2011, pp. 74-85.

CONCLUSION DU CHAPITRE

103. Les traités ont réparti, quoique très implicitement à l'origine, des compétences qui peuvent être dites entières, en ce qu'elles contiennent en leur sein les deux versants inséparables d'un pouvoir normatif : celui de prévoir un droit substantiel, et celui de le garantir par des procédures. Que serait une norme, prise en vertu d'un pouvoir conféré, si elle ne pouvait elle-même prévoir les conditions de son caractère obligatoire, de sa sanction ? C'est ainsi que le législateur de l'Union a adopté un grand nombre de textes de droit dérivé, qui déterminent les modalités procédurales des recours ouverts aux individus qui veulent se prévaloir d'un droit tiré du droit de l'Union. De plus, il est certain que, tout comme le droit interne ne peut prévoir toutes les conséquences pratiques de la mise en œuvre d'un droit, le droit de l'Union est très souvent lacunaire sur les questions procédurales. Cette situation ne rend pas pour autant l'État membre *autonome* dans ce domaine. Il faut reconnaître néanmoins que ces lacunes encouragent les « illégalismes » de la part des États membres, pour reprendre la terminologie foucaldienne[326]. La Cour de justice utilise donc le même outil que celui qu'elle utilise face à l'exercice d'une compétence : le principe de subsidiarité, ici décliné sous sa forme *juridictionnelle*[327]. L'exercice de la compétence procédurale est régulé par la subsidiarité juridictionnelle, au même titre que l'exercice de la compétence en général est régulé par le principe de subsidiarité. Expression donc particulière de cette subsidiarité annoncée dans le droit primaire[328], la subsidiarité juridictionnelle permet à la Cour de justice de déterminer, dans chaque cas, le meilleur niveau d'exercice de la compétence procédurale entre elle-même et le juge national. Il est remarquable que la Cour s'évertue à préciser que, lorsqu'il n'y a pas d'harmonisation communautaire dans la matière en cause, les États membres *sont libres* de prévoir les modalités des recours, alors que lorsque l'harmonisation est effectuée, ou que

---

[326] Michel Foucauld, *Surveiller et punir*, éd. Gallimard, coll. *tel*, 2011 (réé. 1975), pp. 98-106.

[327] Ainsi que l'écrit F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, p. 98, « si l'autonomie peut faire l'objet d'un encadrement, la subsidiarité nous paraît mieux traduire la richesse et la variété des incidences du droit communautaire sur les recours nationaux. L'application du principe de subsidiarité explique l'étendue variable de la marge de manœuvre laissée aux droits nationaux. En comparaison avec 'l'autonomie… subordonnée à une obligation de résultat', la communautarisation correspond à une obligation de moyens ».

[328] Un principe qui doit par ailleurs être inscrit dans un Protocole annexé à la Convention européenne des droits de l'homme, comme le rappelle D. SZYMCZAK, « Le principe de subsidiarité dans tous ses états », *in* F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014, p. 19.

l'environnement normatif est suffisamment contraignant, elle ne ressent pas le besoin de préciser que les États *ne sont pas libres* de prévoir les modalités de recours[329].

104. Il ne s'agit pas d'un balancement entre autonomie procédurale et application effective du droit de l'Union[330]. Le raisonnement qui émerge de la jurisprudence de la Cour de justice, et en conformité avec les traités, est celui d'un contrôle de la subsidiarité juridictionnelle dans l'exercice de la compétence procédurale. La difficulté de la systématisation de ce contrôle vient du fait que l'intensité normative est une notion incertaine qui, entre degré d'harmonisation et domaine concerné, ne permet pas de prévoir l'issue de ce contrôle de subsidiarité.

105. Si donc il n'y a pas d'*autonomie* en matière de procédure, et que ces questions ne bénéficient pas d'une spécificité par rapport au droit substantiel, se pose alors la question de la légitimité de la spécificité du traitement qui lui est accordé. Il a pu être proposé que le raisonnement appliqué dans l'arrêt *Dassonville*[331] soit traduit dans sa forme procédurale : « toute mesure procédurale des États membres susceptible de porter atteinte, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement à la mise en œuvre effective du droit communautaire est une mesure contraire au droit de la Communauté et doit donc être déclarée inopérante »[332].

106. À l'évidence, la Cour n'a pas suivi cette voie, mais a pendant longtemps entretenu la spécificité de la procédure en lui appliquant des principes comme ceux d'équivalence et d'effectivité. Néanmoins, depuis l'origine, le principe de protection juridictionnelle effective agit comme un serpent de mer, qui tend à prendre aujourd'hui de plus en plus de place, et ainsi à normaliser la compétence procédurale par rapport à la compétence substantielle. L'encadrement de la compétence procédurale des États membres est ainsi protéiforme.

---

[329] Voir par exemple le cas de l'affaire CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal*, Rec. num.

[330] J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*, p. 608. Voir *contra* M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 397.

[331] CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Dassonville*, Rec. p. 837, à propos des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives.

[332] J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*, p. 605 (nous traduisons) ; l'auteur paraphrase la formule de l'arrêt *Dassonville*, *op. cit.*, pt. 5.

PARTIE I –

UN ENCADREMENT PROTÉIFORME DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE

107. L'encadrement de la compétence procédurale des États membres par le droit de l'Union est protéiforme. En premier lieu, la jurisprudence classique de la Cour qui répartit l'exercice de la compétence procédurale entre elle-même et le juge national fait appel aux deux critères d'encadrement que sont l'équivalence et l'effectivité. Ainsi, dans une situation dans laquelle, pour mettre en œuvre le droit de l'Union sur son territoire, le juge national ne dispose pas d'une harmonisation par le législateur de l'Union des modalités procédurales permettant au justiciable de faire valoir les droits qu'il tire du droit de l'Union, il doit faire appel aux règles posées par son ordre juridique. Une double limite toutefois, exigée par la Cour de justice, est que les modalités procédurales nationales choisies pour la mise en œuvre du droit de l'Union ne peuvent être moins favorables que celle choisies pour l'application d'un droit interne similaire – c'est le critère d'équivalence – ni ne doivent rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits de l'Union par le justiciable – c'est le critère d'effectivité. La référence quasi-systématique à cette formule par la Cour de justice, depuis les arrêts *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976, oblige à une première escale afin d'en étudier la nature et le régime. De façon pléonastique, le couple équivalence et effectivité forme une paire, la disposition nationale devant respecter les deux critères. Nous tentons maintenant une lapalissade : si l'un des deux critères n'est pas respecté, alors la disposition nationale porte atteinte au droit de l'Union. Le raisonnement est en fait un syllogisme. Le droit de l'Union impose à la procédure nationale le respect de l'équivalence et de l'effectivité. Si la disposition procédurale nationale ne respecte pas l'équivalence ou l'effectivité, elle est illégale. Si, au contraire, la disposition procédurale nationale respecte l'équivalence ou l'effectivité, il faut s'assurer qu'elle respecte bien le second critère afin de pouvoir se maintenir.

108. En second lieu, ces critères sont dits *classiques*, car à côté d'eux on trouve d'autres notions qui concourent à la délimitation de la compétence procédurale entre les États membres et l'Union européenne. Il s'agit notamment du droit à une protection juridictionnelle effective, accessoire au critère d'effectivité lorsque le droit au juge devant les juridictions nationales est en danger. Il s'agit encore des principes d'effet utile et d'efficacité du droit de l'Union, qui entretiennent avec l'effectivité des rapports ambigus. Par conséquent, les critères d'équivalence

et d'effectivité agissant comme des « contrepoids »[333] sont dits *classiques*[334]. L'intervention dans la jurisprudence de la Cour du droit au juge lorsqu'il est question d'encadrer plus ou moins strictement la compétence procédurale nationale bouleverse cependant cet acquis classique car elle modifie l'objet de la réparation des compétences. Il ne peut être nié en effet que la portée d'un principe général du droit dans un ordre juridique n'est pas la même qu'un critère, le premier venant combler une lacune en structurant l'État de droit auquel il est fait référence dans le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, et plus particulièrement l'Union de droit que la Cour de justice travaille à rendre tangible. Bien que l'assise du méta-principe de protection juridictionnelle effective soit incertaine dans la jurisprudence soumise à l'étude, l'émergence d'un raisonnement nouveau amène quoi qu'il arrive à penser la démocratisation de l'Union, en gardant à l'esprit le pont jeté entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme et l'influence que celle-ci a sur le principe de celle-là, nonobstant la fin de non recevoir opposée à l'adhésion de l'Union à la Convention dans l'avis du 18 décembre 2014[335].

109. L'étude de l'encadrement protéiforme des modalités procédurales internes passe ainsi par l'analyse des instruments de cet encadrement, qui étaient à l'origine les seuls critères dits *classiques* d'équivalence et d'effectivité (**TITRE I**), et qui sont doublés désormais, et de plus en plus, par l'intervention du droit à une protection juridictionnelle effective (**TITRE II**).

---

[333] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 289.
[334] Au demeurant, D. SIMON et A. RIGAUX parlent aussi de « jurisprudence classique de la Cour » en citant ceux des arrêts qui font apparaître les deux critères d'encadrement : *Europe*, février 1996, comm. 57, p. 9.
[335] *Avis au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, *op. cit.*

TITRE I – LES CRITÈRES CLASSIQUES D'ÉQUIVALENCE ET D'EFFECTIVITÉ

110. L'équivalence et l'effectivité sont considérés comme les critères d'encadrement de ce qu'une large part de la doctrine et des membres de la Cour de justice nomment l' « autonomie procédurale ». Ils interviennent de façon quasiment systématique dès lors que dans un arrêt, il est fait référence à l'absence de réglementation procédurale de l'Union, et à l'obligation des États de garantir la protection juridique des justiciables. Comme tout critère, ils ont vocation à être mis en œuvre, et donc à être contestés et affinés par le juge. La contestation peut porter sur le raisonnement qu'ils induisent. Sur ce point, il apparaît à l'étude de la jurisprudence que les deux critères, s'ils semblent de prime abord aisés à mettre en œuvre, cachent en fait des défauts inhérents à leur existence même. L'équivalence, tout d'abord, met en rapport le droit de l'Union et le droit interne, étant entendu que la Cour, dans le cadre de l'article 267 TFUE, ne peut interpréter le droit interne. Les critères qu'elle intime alors aux juridictions nationales de prendre en compte, le vocabulaire qu'elle utilise, et la retenue dont elle fait preuve sont autant de manifestations du difficile équilibre destiné à ne pas franchir la ligne rouge. L'effectivité, ensuite, donne à voir d'autres problèmes qui ont trait avant tout à ses potentialités. Critère dont le contenu est adaptable en fonction du domaine auquel il s'applique, il est le lieu par excellence du pouvoir discrétionnaire du juge. Décider de ce qui est effectif ou de ce qui ne l'est pas relève, on en convient, d'un exercice hautement subjectif. Or le souci n'est pas tant sa malléabilité, que de voir l'effectivité plutôt comme un intermédiaire entre le droit de l'Union et le droit interne, qui vient perturber la force constitutionnelle du principe de primauté.

111. Ces deux critères allant ensemble dans la jurisprudence, il ne peut être fait abstraction des rapports qu'ils entretiennent. Ainsi, il sera vu que s'ils ont, ensemble, un fondement commun qui est le principe de coopération loyale, ils ne sont plus, individuellement, formellement soutenus par lui. De même, les deux critères ont en commun une prise en compte de plus en plus pressante par le juge du contexte qui entoure le procès devant la juridiction nationale. Par conséquent, le contrôle que la Cour de justice effectue est de plus en plus approfondi. Cette évolution rend plus perceptible le fait que, si les deux critères sont cumulatifs, il arrive que la Cour de justice ne se satisfasse pas de la constatation de la non conformité au premier d'entre eux, et analyse également le respect du second principe. En procédant de la sorte, sans mettre à mal leur caractère cumulatif, elle favorise une réponse complète et la plus utile possible pour le juge de renvoi. Les rapports que les deux critères entretiennent, inévitables car sans cesse présentés ensemble, montrent leur nécessaire combinaison pour la bonne compréhension de la répartition de la compétence procédurale, étant de natures comparables (**CHAPITRE I**), alors que leurs régimes sont incontestablement distincts (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE I – DES NATURES COMPARABLES

112. Les deux notions d'équivalence et d'effectivité ont des points communs. Ils sont de plusieurs ordres, au premier chef desquels il faut mentionner le fait qu'équivalence et effectivité ne possèdent pas les caractéristiques propres à un principe, contrairement à la dénomination qui leur est attribuée par la Cour. Parmi les points communs on trouve encore leur base légale. Tous deux appuyés sur le principe de coopération loyale, ils expriment en matière de voies de recours et de modalités procédurales ce que les États doivent comme fidélité au droit de l'Union. La Cour de justice a ainsi rappelé cette obligation de loyauté dès les arrêts *Rewe* et *Comet* en 1976. Cependant, il est une curiosité qui s'explique difficilement, et qui fait que dès lors que les deux critères classiques sont analysés séparément, la Cour de justice ne fait plus appel au principe de coopération loyale. Cette absence est d'autant plus problématique que la Cour, dans les années 90, a opéré un renforcement de son contrôle du contexte procédural national, nécessitant sans doute le renforcement de l'argument de la loyauté. Voilà donc des points communs aux deux critères, et qui en constituent même les fondements. Outre les fondements, le questionnement juridique, en présence de deux critères qui procèdent ensemble dans la grande majorité des cas, ne peut éviter le problème de leur caractère cumulatif ou non. Cette question nécessite une attention particulière, car des indices dans la jurisprudence de la Cour de justice peuvent parfois dérouter et laisser le citoyen dans un état de perplexité. En tout état de cause, équivalence et effectivité portent malgré eux le titre de principes, et sont alors des critères innommés **(Section 1)**. Malgré des variantes dans la jurisprudence qui s'expliquent essentiellement par la nature du renvoi préjudiciel, équivalence et effectivité sont bien des tests consubstantiels (**Section 2**).

Section 1 – Des critères innommés

113. L'équivalence et l'effectivité agissent sur la jurisprudence de la Cour de justice comme des *critères* de droit dont la normativité est si élevée qu'ils s'apparent plus à des règles qu'à des principes. Pourtant, à la suite de la doctrine, la Cour de justice parle invariablement de *principes*, alors que ces derniers, en tant qu'ils sont la formulation exceptionnelle de l'idée de droit, ne correspondent pas à la nature de l'équivalence et de l'effectivité (I). Le caractère inassimilable de ces deux notions à la catégorie de principe est renforcé par leur complexité en tant que critères, incluant sous-critères et indices (II).

I – L'inexistence de principes

114. La Cour de justice présente l'équivalence et l'effectivité comme étant des « principes ». Or, la nature du principe n'a que peu de rapport avec ce que sont des notions du droit de l'Union. Un principe est d'abord la formulation de l'idée de droit (A), et doit rester l'exception afin de ne pas affaiblir la légalité (B).

A. Un principe est la formulation de l'idée de droit

115. Un principe est, selon les mots du professeur Burdeau, la formulation implicite de l'idée de droit[336]. Prenant ses racines dans la théologie médiévale en ce qu'elle est le fondement du droit, d'essence divine, l'idée de droit est une lointaine descendance de la doctrine platonicienne qui admettait que le droit est fondé sur son essence et est par là préalablement déterminé, et non arbitraire[337]. Aujourd'hui, cette idée que l'on se fait du droit repose essentiellement, sinon exclusivement sur ce que le positivisme critique nomme la thèse du fait social[338], en tant qu'il est un soutien incontestable de la règle de droit. Le fait social – ou critère social – n'est toutefois pas une justification du contenu de la norme, mais seulement une explication de sa formation[339]. Justifier le sens de la norme par le fait social n'irait pas sans difficultés, mais le passage à l'argument de la morale n'en serait que plus aisé. Ainsi, la doctrine positiviste se range derrière

---

[336] G. BURDEAU, *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1983, vol. IV, p. 107. Sur la variété des principes en droit, voir l'ouvrage collectif S. CAUDAL, *Les principes en droit*, Paris, Économica, coll. « Études Juridiques », 2008, 384 p.
[337] A. VON VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935, vol. 52, p. 196. Les tenants de cette doctrine, précise l'auteur, font partie de l'école du droit naturel.
[338] J. L. COLEMAN, *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 152.
[339] *Ibid.*

deux idées générales en fonction de l'attitude à adopter à l'égard du critère moral. Pour les tenants du positivisme *exclusif*[340], selon lesquels la morale ne peut jouer un rôle dans la formation de la règle de droit, le critère moral ne peut être un élément de justification de la règle de droit. Si c'était le cas, alors la contestation du critère moral, qui ne peut par définition recueillir l'assentiment unanime, minerait la normativité de la règle de droit. Au contraire, pour les théoriciens du positivisme *inclusif*, la morale peut jouer un rôle dans la formation de la règle de droit[341]. Pour ces théoriciens d'un *positivisme critique*, le fait que la norme soit contraire à la morale n'enlève pas la validité juridique de cette dernière[342]. Là encore, il ne faut pas confondre l'exclusion du critère moral en tant que déterminant du contenu de la norme, et le fait que, comme le dit J. L. Coleman, « no one denies that morality can figure in legal argument and legal practice »[343]. Ainsi R. Dworkin considère-t-il qu'un principe doit être appliqué « parce qu'il est une exigence dictée par la justice, l'équité ou quelqu'autre dimension de la morale »[344]. Cette vision n'est pas incompatible avec le fait que F. Moderne critique ce qu'il appelle des principes a-juridiques, c'est-à-dire qui précèdent le droit parce qu'ils découlent de la morale, de la politique ou de la sociologie[345]. Pour cet auteur, loin de leur signification en droit romain de *principium* faisant référence à la matrice ou la cause première, les principes sont le résultat du droit, qu'ils soient écrits ou non, et se placent ainsi pleinement à l'intérieur de ce droit[346]. Il se place ainsi à la suite de J.-L. Bergel qui affirme que « les principes généraux du droit ne sont

---

[340] On peut se reporter à l'ouvrage de référence sur le positivisme exclusif : J. RAZ, *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009, 337 p.

[341] Sur cette notion, on peut utilement renvoyer à R. DWORKIN, *L'empire du droit*, traduit par E. SOUBRENIE, Paris, PUF, 1994, 468 p, et J. L. COLEMAN, « Negative and Positive Positivism », *Journal of Legal Studies*, 1982, vol. 11, n° 1, pp. 139-164.. Voir aussi J. L. COLEMAN, *The practice of principle*, *op. cit.*, p. 103-119.

[342] L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories: pour un positivisme critique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 24. Voir aussi H. L. A. Hart, *Le concept du droit*, p. 242.

[343] J. L. COLEMAN, *The practice of principle*, *op. cit.*, p. 67 ; voir aussi, pour une illustration, l'utilisation par J. WEILER, « Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights », *in* N. A. NEUWAHL et A. ROSAS (dirs.), *The European Union and Human Rights*, La Haye, M. Nijhoff, 199, apr. J.-C. pp. 51-76, spéc. pp. 53 et s., de la notion de « Rights-as-Values », ces droits fondamentaux qui reflètent l'état social d'un ordre juridique.

[344] R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 79.

[345] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, n° 4, p. 724.

[346] *Ibid.*, p. 724. Voir également sur l'origine du terme « principe », E. RUBI-CAVAGNA, *Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes*, Saint-Étienne, Université Jean-Monnet, 2004, p. 7.

pas extérieurs à l'ordre juridique positif ; ils en font partie »[347]. Ils en font bel et bien partie, mais leur utilisation doit rester exceptionnelle, pour ne pas concurrencer la légalité.

B. Le principe doit rester l'exception pour ne pas affaiblir la légalité

116. Il faut rappeler cette évidence que le principe est un instrument de complétude d'un ordre juridique[348], *a fortiori* dans l'ordre juridique de l'Union, où les lacunes du droit liées à la décentralisation maximale qui le caractérisent ont favorisé l'émergence de standards propres à régler des situations qui *a priori* ne pouvaient pas l'être. La malléabilité propre au principe lui permet donc d'intervenir dans des situations relativement hétérogènes que la règle n'avait pas forcément anticipé[349], mais aussi, il convient de le souligner, d'améliorer la cohérence d'un ordre juridique[350], *a fortiori*, encore une fois, de l'ordre juridique de l'Union européenne.

117. Wintgens prête à Perelman l'idée selon laquelle « on peut dévier d'une règle juridique pour arriver à une *bonne* solution, une solution qui est *raisonnable*, c'est-à-dire acceptable pour des êtres raisonnables »[351]. La conséquence de cette position est que la liberté laissée au juge est non seulement très grande, mais elle est potentiellement illimitée, dès lors que la décision est motivée par la recherche de ce qui est raisonnable. Ce qui pour lui peut justifier « une déviation de la règle »[352] peut aussi bien être la moralité que l'acceptabilité sociale, l'effectivité ou encore l'efficacité[353]. Cette latitude volontaire est critiquée par Wintgens, qui estime que le risque auquel nous amène Perelman est que la marge de manœuvre extrême laissée au juge nous éloigne de l'ordre juridique, qui « risque de perdre sa systématicité » en mettant à mal le rôle de la légalité dans le raisonnement du juge[354]. En effet, quand bien même il est acquis que le juge n'est pas cantonné au rôle stérilisant de bouche de la loi, la liberté inhérente à son

---

[347] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012, p. 97. Selon lui en effet, « il faut les distinguer à la fois des lieux communs, des principes surnaturels, théologiques ou philosophiques et même des principes du droit naturel ».
[348] E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 71.
[349] Voir notamment J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 111, qui considère que le rôle du principe général du droit est bien plus important dès lors que le droit souffre de lacunes manifestes.
[350] E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 74. Ils ont de même une fonction d'harmonisation au sein d'un ordre juridique, d'après F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 722.
[351] L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories*, *op. cit.*, p. 39.
[352] *Ibid.*, p. 40.
[353] Voir C. PERELMAN, « Justice and justification », *Natural Law Forum*, 1965, n° 1, pp. 9-10.
[354] L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories*, *op. cit.*, p. 40. Dans sa contribution, R. Guastini qualifie les principes de normes « indéterminées », « défectibles », et « structurellement vagues » : R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », *in Les principes en droit*, Paris, Économica, coll. « Études Juridiques », 2008, p. 115-116.

indépendance ne peut pas l'amener à dégager autant de principes qui s'imposeraient à la loi qu'à la fin la loi s'effacerait derrière ces principes. Le texte, pour le juge, reste l'argument premier[355]. L'équivalence et l'effectivité peuvent donc difficilement être considérées comme des principes, malgré la classification par la Cour dans cette catégorie. On sait la variabilité de la notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui peut aller d'un standard du droit à un principe constitutionnel.

118. Dénier à l'équivalence et à l'effectivité la qualification de principes amène à les considérer comme des critères, analysés dans leur complexité, bien plus attachés à l'exécution du droit dont ils assurent l'application.

II – L'existence critères complexes

119. L'équivalence et l'effectivité étaient présentes dans la jurisprudence de la Cour de justice avant même qu'elle les nomme. Leur raisonnement a en effet préexisté, la Cour ayant commencé par poser les critères (A) qui, au fil des ans, se sont complexifiés pour devenir des tests (B).

A. Au fondement, des critères

120. L'équivalence et l'effectivité sont des *critères*. Sur ce point, la définition du critère ne peut pas être plus adaptée aux deux principes d'encadrement : « élément auquel on se réfère pour juger, apprécier, définir quelque chose »[356]. L'équivalence et l'effectivité, certes érigées en *principes* par la doctrine puis par la Cour de justice, possèdent ces *caractères* intrinsèques, qui permettent aux juridictions de l'Union d'*apprécier* si la disposition procédurale nationale est ou non conforme aux traités et à leur droit dérivé. La définition donnée par l'Académie française saisit bien cette fonction du critère : « Donnée qui sert à porter un jugement de valeur, notamment pour distinguer le vrai du faux »[357], donc ce qui est conforme de ce qui n'est pas conforme, distinguer la vérité de l'erreur[358]. Le *criterieum* est d'ailleurs souvent appelé *standard* en langue anglaise[359], standard qui est l'objet de la thèse d'E. Bernard, auquel elle rattache l'encadrement de « l'autonomie institutionnelle et procédurale »[360]. De plus, un critère

---

[355] P. DEUMIER, *Le raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 13.
[356] Trésor de la Langue Française informatisé ; le dictionnaire Larousse est sensiblement sur la même ligne : « Principe, élément de référence qui permet de juger, d'estimer, de définir quelque chose ».
[357] Dictionnaire de l'Académie française, 9ème édition.
[358] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 3e éd., 2010.
[359] *Ibid.*
[360] E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 549 et s.

est une règle de droit, et se distingue du principe par la quasi absence de marge de manœuvre qu'elle offre dans son application[361]. En ce sens R. Dworkin explique que la règle – toujours par opposition au principe – fixe elle-même les conditions de son application[362]. Pour ce faire, elle opère une distinction entre les faits et les valeurs, les premiers ne pouvant être réfutés, les secondes pouvant être défendues car elle sont insusceptibles de « connaissance objective »[363]. Le critère fait partie de ces valeurs fixées par le jurislateur et qui, parce qu'il peut avoir pour point de départ un élément d'ordre moral qui ne le contaminera cependant pas, peut être soumis à la critique sans pour autant perdre de leur normativité, selon la théorie du positivisme inclusif. La complexité des valeurs que sont l'équivalence et l'effectivité reflète la complexité des rapports que le droit issu des institutions de l'Union entretient avec les droits nationaux. L'approfondissement des critères a alors donné lieu à l'émergence de tests, critères à plusieurs niveaux.

B. Au final, des tests

121. Les critères d'équivalence et d'effectivité sont des critères particuliers, en ce qu'ils ne peuvent être utilisés directement, mais ont besoin au contraire d'une médiatisation faite par d'autres critères. Posons l'effectivité sur un cas et il demeurera impossible de connaître le résultat tant que ne seront pas intervenus les critères de l'entrave rendant en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Ce critère-là ne permet pourtant pas lui non plus de trouver systématiquement la réponse à la question de la conformité de la disposition nationale au droit de l'Union, depuis que la Cour de justice impose que, pour déterminer si la modalité procédurale rend en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de l'Union, le juge de renvoi analyse ladite modalité dans son contexte. Plus précisément, il convient de tenir compte de « *la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* »[364]. Or, ce dernier critère n'est pas le dernier, car, par l'effet d'une mise en abîme particulièrement élaborée, le juge a posé une série de critères alternatifs, qui pourraient cette fois être plutôt des indices, et qui obligent le juge national, pour évaluer le

---

[361] *Ibid.*, p. 69.
[362] R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, *op. cit.*, p. 79 et s.
[363] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, p. 113, cette impossibilité de connaître les valeurs - auxquelles nous attachons les critères - est appelée « non-cognitivisme éthique ou émotivisme ».
[364] Voir les arrêts fondateurs de la formule *Peterbroeck*, *op. cit.*, p. 14, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.

respect de la dernière condition, « *de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure* »[365].

122. L'effectivité, de ce point de vue, est donc un critère complexe qui s'utilise de la même manière que des poupées russes, si bien qu'il s'apparente à la catégorie spécifique de critères qu'on peut nommer le *test*. Nous empruntons ce terme à la chimie qui, pour déterminer la nature d'un composant, le confronte à des solutions ou à d'autres composants, et c'est la réaction de chacune des étapes qui permettra de déduire la nature de ce que nous analysons. Technique bien connue de la jurisprudence, le test permet au juge de mettre en place un raisonnement spécifique à une situation factuelle, et qui lui permet d'aboutir à une solution empreinte à la fois de pragmatisme et de sécurité juridique. Le test jurisprudentiel est en effet le plus souvent composé de critères, cumulatifs ou alternatifs, à l'image du « test du bilan » élaboré par le Conseil d'État dans les années 70[366]. Le juge administratif français a également mis en place une série de tests dans le domaine de la qualification de service public, lorsque par exemple, afin de qualifier comme telle l'activité d'une personne privée, le juge recherche cumulativement l'existence de prérogatives de puissance publique, d'une mission d'intérêt général et d'un contrôle de l'administration, le premier de ces critères étant remplacé par un faisceau d'indices s'il n'est pas démontré[367]. On a donc dans ce cas-là une méthode d'identification comparable à celle mise en place dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, et plus particulièrement dans les arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel*. Le juge pose un test également lorsqu'il détermine les conditions qui entraineront sa compétence en présence d'une activité impliquant des prérogatives de puissance publique d'un établissement public industriel et

---

[365] Voir par exemple l'arrêt CJCE, 10 avril 2003, aff. C-276/01, *Steffensen*, Rec. p. I-3735, pt. 66 ; les arrêts fondateurs de ce raisonnement demeurent les arrêts *Peterbroeck*, *op. cit.*, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*

[366] Dans cet arrêt CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Féd. de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé Ville nouvelle-est*, req. n. 78825, *AJDA,* 1971, p. 404, chron. Labetoulle et Cabanes, le Conseil d'État élabore un raisonnement prenant en compte les avantages et les inconvénients pour le contrôle de la légalité d'une expropriation. Ainsi, « *une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* ».

[367] CE, Sect., 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, req. n. 264541, *JCP G.*, n° 10, 5 mars 2007, p. 2066, comm. M.-C. Rouault. Le faisceau d'indices qui doivent être réunis en l'absence de prérogatives de puissance publique est le suivant : l'intérêt général de son activité, les conditions de sa création, son organisation et son fonctionnement, le contrôle de l'administration. Dans son arrêt, le Conseil d'État reprend le test dégagé dans l'arrêt CE, Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, req. n° 43834, *RDP*, 1963, p. 1186, note M. Waline.

commercial créé par la loi[368]. La Cour de justice elle-même, spécialement en droit de la concurrence, prévoit plusieurs tests qui lui permettent d'apprécier l'atteinte à la concurrence, notamment le « test de la situation contrefactuelle »[369].

123. Le point commun de ces tests est qu'ils contiennent des critères leur permettant de déterminer, qu'ils soient cumulatifs, alternatifs, ou qu'ils nécessitent l'adjonction d'un faisceau d'indices complémentaire, la solution au litige qui est soumis au juge. Si proches donc, les critères qui garnissent les tests, à l'image de l'équivalence et de l'effectivité, ont des fondements communs, et sont même consubstantiels l'un à l'autre.

[368] Dans ce cas, pour déterminer si l'activité en question de la personne publique met en œuvre des prérogatives de puissance publique, il faut regarder plus particulièrement les fonctions de réglementation, de police, et de contrôle : TC, 29 décembre 2004, *Blanckeman*, req. n° C3416, Rec. p. 526, *JCP A*, n° 1345, note M.-C. Rouault.

[369] Appelé « couterfactual test » en anglais, il signifie que « [p]our apprécier si un accord doit être considéré comme altérant le jeu de la concurrence, il convient de l'apprécier dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux », selon les lignes directrices 101, pt. 17, et tel que la Cour de justice l'a établi dans un arrêt CJCE, 30 juin 1966, aff. 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. p. 337, pt. 8. La Cour y détaille son raisonnement : « *Pour examiner si un accord a pour objet d'altérer le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, il faut d'abord considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué, les altérations du jeu de la concurrence visées par l'article 85, paragraphe 1, devant résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même* ». La Cour ajoute que dans le cas où l'altération du jeu de la concurrence n'est pas suffisamment évident dans les clauses de l'accord, « *il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord, et pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible ; le jeu de la concurrence doit être considéré dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux* ».

Section 2 – Des tests consubstantiels

124. Les tests d'équivalence et d'effectivité sont, de façon quasi systématique, présentés conjointement dans la jurisprudence de la Cour de justice. De fait, ils sont nés ensemble dans les arrêts *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976, mais leur inséparabilité n'était alors pas évidente. Géographiquement éloignés l'un de l'autre dans ces arrêts fondateurs, chargés d'une fonction spécifique à chacun, ils n'ont pourtant pas cessé par la suite de se rapprocher en même temps qu'ils se renforçaient individuellement. Les deux exigences d'équivalence et d'effectivité, si opposées soient-elles, n'en sont pas moins nées d'un seul et même principe, le principe de coopération loyale. Les fondements sont affirmés comme étant communs aux deux critères (I), et quand bien même ce qu'en dit la Cour laisserait quelque peu circonspect, leur inséparabilité a peu à peu été scellée, déterminant leur caractère cumulatif (II).

I – Des fondements communs

125. Cette loyauté qui fonde les deux critères est cependant tronquée, car elle fait grandement défaut lorsqu'il est fait référence à l'un des deux critères d'encadrement seul (A). Un autre fondement est ensuite apparu, mais il ne peut être considéré comme une base légale au sens strict. Il s'agit d'une évolution du raisonnement de la Cour de justice qui prend en compte l'évolution même de sa mission : approfondir l'intégration, tout en respectant l'identité nationale des États membres. Pour ce faire, elle a renforcé l'exigence de prise en compte du contexte qui entoure le procès devant le juge de renvoi (B).

A – L'obligation de loyauté, fondement tronqué

126. Un fondement *tronqué*. Nous aurions pu dire *partiel*, ou *limité*, mais cela n'aurait pas reflété l'état véritable de ce que la loyauté communautaire fonde comme équivalence et comme effectivité. Il est indéniable que l'obligation de coopération loyale inscrite depuis 1957 dans le traité est ce qui justifie que la Cour de justice régule l'exercice de la compétence procédurale. Pour autant, si elle montre aisément le soutien de cette obligation lorsqu'elle fait appel aux deux critères d'encadrement (A), elle rechigne bien plus à y faire référence lorsqu'elle ne fait appel qu'à l'équivalence, et l'ignore complètement avec l'effectivité. Pris séparément, les deux critères sont donc imparfaitement fondés (B). C'est la raison pour laquelle nous parlons de fondement tronqué : bien présent pour les deux critères, il disparaît lorsqu'ils sont analysés

seuls. Or cette disparition n'est que formelle, car il ne fait pas de doute que la loyauté constitue leur base légale, même en l'absence de référence expresse. La troncature permet de ne saisir que la forme, alors que la partialité ou la limitation auraient signifié que le fond aussi pâtissait de l'absence de référence.

1. Une obligation commune aux deux critères

127. Le fait que la Cour impose l'équivalence de traitement au profit du droit de l'Union et l'obligation d'une mise en œuvre effective ou efficace trouve son fondement dans l'obligation de coopération loyale tel qu'il était exprimé dans le traité de Rome à l'article 5 CEE, puis 10 CE, et tel qu'on le retrouve aujourd'hui à l'article 4 paragraphe 3 TUE dans sa nouvelle rédaction :

> « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités »[370].

128. Ce principe, conséquence de la règle de droit international public *pacta sunt servanda*, intime à l'État membre d'appliquer correctement le droit de l'Union[371]. En cela, il ressort du droit international. Cependant, les traités successifs et l'action de la Cour de justice en ont fait un principe plus proche du droit fédéral, que cette forme d'État nomme « devoir de fidélité »[372]. Le devoir de fidélité spécifiquement communautaire signifie que, lorsque l'Union n'a pas prévu les dispositions propres à assurer l'exécution juridictionnelle de son droit dans les États, il revient à ces derniers « d'exécuter administrativement les dispositions communautaires et à en garantir le respect »[373]. La fidélité, ou coopération loyale, concerne alors aussi bien le législateur

---

[370] L'article 10 CE était ainsi rédigé : « Les États membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission ».

[371] O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *op. cit.*, p. 293.

[372] M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE : recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994, p. 408-420. Dans sa thèse, l'auteur prend comme exemples les devoirs de fidélité connus en Allemagne, aux États-Unis d'Amérique, en Australie, et en Suisse. Il cite ainsi un extrait de l'opinion du Justice J. Williams dans une affaire *Melbourne Corp*. de 1947 (*aaO, S. 99*), qui nous paraît utile de reproduire à nouveau : « … et la nature même du système fédéral, qui prévoit deux organismes politiques indépendants, chacun souverain dans sa propre sphère, existant côte à côte et exerçant une autorité partagée sur les mêmes personnes et sur le même territoire, fait que ni la fédération, ni les états n'ont le droit de faire usage de leurs pouvoirs constitutionnels dans le but de porter atteinte à la capacité de l'autre de remplir ses fonctions gouvernementales essentielles », *Ibid.*, p. 377.

[373] M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE*, *op. cit.*, p. 40.

qu'il soit central ou décentralisé, que le pouvoir judiciaire dans son ensemble. Dans ce dernier cas, le principe de coopération loyale de l'article 4 paragraphe 3 TUE a ainsi un volet que le professeur Blanquet appelle *coopération juridictionnelle*[374]. La coopération loyale est à ce titre invoquée par la Cour dans l'arrêt *Simmenthal.* Cette branche spécifique de l'obligation de loyauté vise alors les cas de mise en œuvre judiciaire du droit de l'Union[375], parmi lesquels les conflits directs sont immédiatement réglés par le principe de primauté seul, et les conflits indirects sont traités, de manière moins efficace, par les critères d'équivalence et d'effectivité.

129. Là encore, c'est la Cour de justice qui lie équivalence et effectivité à ce principe dans ses arrêts *Rewe* et *Comet*, décidément fondateurs[376]. Or littéralement, le lien n'est pas si évident en 1976. La Cour fonde l'obligation pour les juridictions nationales d'assurer le respect de la protection juridique des justiciables sur ce principe de coopération, et précise ensuite sa pensée en énonçant que « *dès lors* », désigner les juridictions compétentes et régler les modalités procédurales des recours appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre. Ce n'est que par un raisonnement déductif – « *étant entendu que* » – que l'obligation d'équivalence, d'abord, est posée[377]. L'ex article 5 CEE est déjà un peu loin. Le critère d'effectivité, lui, intervient encore plus loin, après que la Cour eût rappelé que le traité permet à la Communauté de prendre des mesures susceptibles de remédier aux disparités entre les États membres, et qu' « *à défaut de pareilles 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* »[378]. C'est sans rappeler l'obligation de loyauté que la Cour en vient alors à énoncer la règle que l'on nommera plus tard « critère d'effectivité ». La distanciation avec la loyauté est ainsi encore plus lâche ici, si bien qu'on aurait pu légitimement douter qu'elle fût encore le fondement aussi de l'effectivité. Ce n'est pourtant pas ce qui advint, la doctrine comprenant largement, à ce moment-là, le lien de causalité créé entre coopération loyale, et équivalence et effectivité[379]. L'écart « physique » entre loyauté et encadrement a

---

[374] M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE*, *op. cit.* ; voir aussi F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.*, p. 597.
[375] *Wall*, *op. cit.*, pt. 69 ; *Byankov*, *op. cit.*, pt. 64.
[376] Voir notamment D. DAHLGAARD DINGEL, *Public Procurement...*, *op. cit.*, p. 163-164. L'auteur distingue bien le principe de coopération loyale qui fonde le principe de l'équivalence, du principe de non discrimination de l'article 18 TFUE (ex article 12 CE) qui fonde l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité.
[377] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5 ; *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 13.
[378] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5.
[379] R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, p. 234 ; D. WYATT, « National Periods of Limitation as a Bar to Community Rights », *ELR*, 1977, p. 123.

perduré par la suite, l'obligation de coopération n'atteignant les critères d'équivalence et d'effectivité que par l'intermédiaire de l'obligation maîtresse de protection juridique[380]. Les États membres doivent en effet, par application de l'article 4 paragraphe 3 TUE, assurer d'abord la protection juridique des particuliers, qu'il y ait ou non harmonisation procédurale dans le domaine concerné. Ce n'est qu'en l'absence d'une telle harmonisation que les États doivent, afin d'assurer cette protection juridique, respecter les critères d'équivalence et d'effectivité. La suite de la jurisprudence *Rewe* et *Comet* confirma ce lien, et aujourd'hui, il est bien établi que l'obligation de fidélité communautaire fonde les critères d'équivalence et d'effectivité[381]. Cette intermédiation jouée par l'obligation de protection juridique s'est en fin de compte effacée ponctuellement dans l'arrêt *Agrokonsulting* du 27 juin 2013, laissant entrevoir une possible relation immédiate entre coopération loyale, d'une part, et équivalence et effectivité, d'autre part. Le sens de la position de la Cour est en tout cas univoque :

> « … *conformément au principe de coopération loyale désormais consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité)* »[382].

130. Cette proximité très localisée se double d'une pénétration imparfaite lorsqu'il s'agit d'étudier séparément les deux critères d'encadrement.

---

[380] *Ariete*, *op. cit.*, pt. 12 ; CJCE, 10 juillet 1980, aff. 826/79, *MIRECO*, Rec. p. 2561, pt. 13 ; *Wells*, *op. cit.*, pt. 64 ; CJUE, 28 février 2012, aff. C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, n. e. p., pt. 43.

[381] Voir par exemple K. LENAERTS et D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 84. Voir aussi M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 386 ; J. TEMPLE LANG, « The duties of Cooperation of National Authorities and Courts and the Community Institutions under Article 10 EC Treaty », *Report for the XIX F.I.D.E. Congress*, 2000, vol. 1, p. 373. Ce même auteur a poursuivi sa réflexion dans d'autres articles, notamment : « The duties of cooperation of national authorities and Courts under Article 10 E.C.: two more relfections », *ELR*, 2001, vol. 26, n° 1, pp. 86-93 ; et « Developments, issues, and new remedies - the duties of national authorities and Courts under article 10 of the EC Treaty », *Fordham International Law Journal*, vol. 27, n° 4, pp. 1904-1939.

[382] CJUE, 27 juin 2013, aff. C-93/12, *Agrokonsulting*, Rec. num., pt. 36.

2. L'imparfaite pénétration de la loyauté

131. C'est en vertu de l'article 4, paragraphe 3 TUE que les États membres doivent respecter les critères d'équivalence et d'effectivité. Néanmoins, ce n'est que partiellement en vertu de cette même disposition qu'ils doivent satisfaire à l'équivalence seule, et le fondement est absent dans le cadre du critère d'effectivité.

132. À propos, en premier lieu, du critère d'équivalence, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la loyauté envers l'Union n'en est qu'un fondement réduit. En effet, en plus d'être incertain, le lien avec l'équivalence est bien trop rare pour pouvoir être affirmé avec conviction. Le lien peut être entrevu en mettant côte à côte trois affaires, *Kapferer*, *Kempter* et *Asturcom Telecomunicaciones*. Dans la première, l'arrêt *Kapferer* du 16 mars 2006, à la question de savoir si le juge national devait revenir sur l'autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle devenue définitive, la Cour de justice a répondu que « *l'obligation pour l'organe concerné, au titre de l'article 10 CE, de réexaminer une décision définitive qui apparaîtrait avoir été adoptée en violation du droit communautaire* » n'existe qu'à « *la condition, notamment, que ledit organe dispose, en vertu du droit national, du pouvoir de revenir sur cette décision* »[383]. L'équivalence imposée lorsqu'il est question de revenir sur l'autorité de la chose jugée découlerait donc du principe de coopération loyale[384]. Or, cette équivalence-là n'est pas parfaitement identifiable au critère classique de la jurisprudence issue des arrêts *Rewe* et *Comet*. Ni dans l'arrêt *Kapferer* concernant l'autorité des décisions juridictionnelles, ni dans l'arrêt *Kempter* concernant cette fois l'autorité des décisions administratives[385], la Cour ne fait référence au critère de l'équivalence. De plus, la mise en

---

[383] CJCE, 16 mars 2006, aff. C-234/04, *Kapferer*, Rec. p. I-2585, pt. 23 (nous soulignons). Dans ce domaine, voir aussi CJCE, 13 janvier 2004, aff. C-453/00, *Kühne et Heitz*, Rec. p. I-837, pt. 28 ; *Kempter*, *op. cit.*, pt. 38 ; *i-21 Germany et Arcor AG*, *op. cit.*, pt. 52.

[384] Il faut remarquer toutefois que l'article 4 paragraphe 3 TUE ne joue que dans le cas précis de la compétence procédurale des États membres. En dehors de cette stricte relation verticale, le principe de coopération loyale n'est pas le fondement de l'équivalence de traitement. Ainsi, la Cour de justice, en matière de protection provisoire des justiciables devant les juridictions nationales sur le fondement du droit de l'Union, estime que celle-ci « *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* », *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.*, pt. 20. Aux points 16 et 17 de cet arrêt, la Cour semble affirmer que l'obligation de traiter de la même manière ces deux situations appelant une protection provisoire est fondée sur l'exigence de protection juridictionnelle, et non sur celui de coopération loyale des État membres

[385] La Cour y écrit, en adaptant au cas d'espèce la solution donnée dans l'arrêt *Kapferer* : « *des circonstances particulières peuvent être susceptibles, en vertu du principe de coopération découlant de l'article 10 CE, d'imposer à un organe administratif national de réexaminer une décision administrative devenue définitive à la suite de l'épuisement des voies de recours internes, afin de tenir compte de*

œuvre des exigences de la Cour dans ce domaine va au-delà de la simple interdiction de traiter le droit de l'Union de façon moins favorable que le droit interne, en imposant des conditions supplémentaires à la coopération du juge national[386]. En revanche, il faut adosser à l'arrêt *Kempter* l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*, dans lequel la Cour de justice vise explicitement le critère dans une situation concernant une obligation de revenir sur une décision juridictionnelle ayant acquis l'autorité de la chose jugée, en renvoyant directement à l'arrêt *Kempter* qui lui, ne fait pas référence au critère de l'équivalence, mais se fonde néanmoins sur l'obligation de coopération loyale[387]. Or, l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones* ne concerne pas l'autorité des décisions administratives comme dans l'arrêt *Kempter*, mais celle des décisions juridictionnelles comme dans l'arrêt *Kapferer*. Ce n'est donc qu'indirectement, et par un jeu de renvois, que le lien entre équivalence et coopération loyale peut être fait.

133. Autre élément d'imprécision, ce lien, même très distendu, n'apparaît pas ailleurs dans la jurisprudence de la Cour, seule étant concernée l'autorité de la chose jugée ou décidée. En effet, le passage en revue des arrêts entrant dans le corpus de l'étude permet de voir qu'à aucun autre moment la Cour de justice fonde l'équivalence directement sur la coopération loyale[388].

134. Ainsi, la situation entre les deux éléments est trop imparfaite pour qu'il puisse être affirmé sans ambages que l'un découle de l'autre. La seule référence pertinente reste alors celle qui est faite lorsque les deux critères d'encadrement, équivalence et effectivité, sont invoqués ensemble[389], d'autant que de son côté, le critère d'effectivité pâtit aussi d'un manque de soutien de la part du principe de coopération loyale.

---

l'interprétation d'une disposition de droit communautaire pertinente retenue postérieurement par la Cour » : *Kempter*, *op. cit.*, pt. 38.

[386] L'organe administratif est tenu de revenir sur une décision définitive si (i) il en a la possibilité selon le droit national ; (ii) un arrêt insusceptible de recours est intervenu ; (iii) cet arrêt est contraire à une décision préjudicielle postérieure de la Cour ; et (iv) l'intéressé a immédiatement saisi l'organe après avoir pris connaissance de la décision préjudicielle : voir en premier lieu l'arrêt *Kühne et Heitz*, *op. cit.*, pt. 26.

[387] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 38 pour la référence à l'équivalence, et pt. 54 pour le renvoi à l'arrêt *Kempter*, *op. cit.*, pt. 45. Voir aussi l'arrêt CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse*, Rec. num., pts 43 et 46.

[388] D'aucuns ont pu affirmer que l'équivalence trouve son fondement aux article 18 TFUE et 20 et 21 de la Charte. Cette affirmation ne nous semble pas correspondre à la nature de l'équivalence, qui n'est pas une interdiction de discrimination sur le fondement de la nationalité comme l'implique l'article 18 TFUE, ni une obligation de respect l'égalité en droit des personnes, ni un interdiction de discrimination sur le fondement de critères tenant à l'état des personnes comme l'implique l'article 21 de la Charte. Voir *contra* P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 294.

[389] Voir D. DAHLGAARD DINGEL, *Public Procurement...*, *op. cit.*, p. 163, qui en déduit que l'article 4, paragraphe 3 TUE (ex article 5 CE) découle du principe de coopération loyale. L'auteur écrit ainsi que « it follows from Article 5 in the EC Treaty, as interpreted in Case 33/76, *Rewe v. Landwirtschaftskammer Saarland*, (1976) ECR 1989 (and numerous later cases) that the institutional

135. Pour ce qui est, en second lieu, du critère d'effectivité, son adossement au principe de coopération loyale de l'article 4 paragraphe 3 TUE est inexistant. C'est un constat d'abord fait sur la lecture de la jurisprudence de la Cour : le principe de coopération loyale n'intervient jamais pour asseoir l'effectivité, sauf lorsqu'il s'agit de chapeauter les deux critères en même temps. Ainsi que nous l'avons vu, on trouve quelques cas dans lesquels la Cour de justice rappelle que l'équivalence et l'effectivité reposent tous deux sur la coopération loyale des États membres[390], étant entendu que dans certains de ces cas c'est par l'intermédiaire d'une autre obligation que la loyauté est avancée[391]. Le renvoi n'est cependant pas systématique, et il convient de le noter. La situation du critère d'effectivité est préoccupante, car comme dans l'affaire *Byankov*, où il apparaît aux côtés de la loyauté et non comme son corollaire. La relation est explicitement bouleversée, formant une hybridité plutôt complexe[392].

136. Dans cet arrêt *Byankov*, rendu le 4 octobre 2012, la Cour était saisie d'un cas d'impossibilité de revenir sur une décision administrative ayant acquis l'autorité de la chose décidée. Elle y rappelle que l'effectivité du droit de l'Union ne s'oppose pas à la prise en compte de la justification de sécurité juridique pour refuser de rouvrir une procédure administrative définitive[393]. Cependant, le principe de coopération loyale vient ensuite, indépendamment de l'effectivité, à la rescousse du droit de l'Union et requiert de « *trouver un équilibre entre l'exigence de la sécurité juridique et celle de la légalité au regard du droit de l'Union* »[394], en faisant pencher l'équilibre en faveur de ce dernier. D'aucuns penseront alors qu'ici le principe de coopération loyale ne fonde pas clairement le critère d'effectivité, mais au contraire que l'un est intervenu en *complément* de l'autre. Il est vrai que les deux critères apparaissent plutôt côte à côte, déjà en amont même de l'extrait précité : « *se pose plus particulièrement la question de savoir si une règlementation nationale telle que celle décrite par la juridiction de renvoi est compatible avec les principes d'effectivité ainsi que de coopération*

---

and procedural conditions applying to a national judicial review of the application of Community law, must be as favourable as those applying to 'similar actions of a domestic nature'.

[390] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 38. Voir aussi *Unibet*, *op. cit.*, pts 38-43 ; CJCE, 15 avril 2008, aff. C-268/06, *Impact*, Rec. p. I-2483, pts 41-46. Dans ces deux affaires, l'obligation de coopération loyale englobe effectivité et équivalence en ce qu'ils assurent une protection juridique des particuliers, reprenant alors l'articulation des arrêts fondateurs *Rewe* et *Comet*.

[391] Sur le droit à réparation, voir l'arrêt CJUE, 14 mars 2013, aff. C-420/11, *Leth*, Rec. num., pt. 37.

[392] F. NIANG, « La fonction fédérative du juge de l'Union de droit commun », *in* S. BESSON et P. PICHONNAZ (dirs.), *Les principes en droit européen*, Paris, LGDJ, coll. « Fondements du droit européen », 2011, p. 312.

[393] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 75-76 ; D. SIMON, « Obligation de rouvrir une procédure administrative définitive », *Europe*, n° 12, décembre 2012, comm. 473.

[394] *Ibid.*, pt. 72.

loyale »[395]. De fait, la relation filiative de l'obligation de loyauté sur le critère d'effectivité apparaît affaiblie.

137. Le doute sur les rapports entre les deux critères est accentué par l'extrême rareté de leur concomitance. Dans l'affaire *3M Italia* par exemple[396], article 4 paragraphe 3 TUE et critère d'effectivité sont traités séparément. Or, la Cour de justice estime que le fait que le droit national respecte non seulement le principe de coopération loyale, mais aussi le principe de l'interdiction de l'abus de droit, les libertés garanties par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le principe de non-discrimination, et les règles relatives aux aides d'État, fait que le critère d'effectivité est respecté[397]. De la sorte, le lien entre effectivité et loyauté est dilué au sein de nombreuses autres obligations.

138. Il arrive aussi que le principe de coopération intervienne pour fonder une notion voisine de l'effectivité. C'est notamment dans le cadre des mesures provisoires prises en cas de contrariété d'un acte de droit interne au droit de l'Union, par le biais de l' « *efficacité* » du droit communautaire, que la loyauté peut être exigée[398]. Est-ce parce que la notion d'efficacité correspond mieux à un ordre juridique étatique qu'il peut se permettre une ascendance de type fédéral telle que la loyauté[399] ? Dans le domaine des mesures provisoires, la Cour de justice n'a pourtant pas été au bout de la logique d'intégration procédurale. Elle a été bien plus loin avec les mesures provisoires prises en cas de contrariété d'une disposition de l'Union au droit primaire de celui-ci[400].

139. Par conséquent, le critère d'effectivité utilisé seul ne découle pas formellement de l'article 4 paragraphe 3 TUE. Il peut lui être associé pour donner plus de force à la solution de la Cour[401], ou il peut être un principe maître nécessitant le respect de la coopération loyale ainsi

---

[395] *Ibid.*, pt. 72 (nous soulignons).
[396] CJUE, 29 mars 2012, aff. C-417/10, *3M Italia*, Rec. num., M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, « Maintien provisoire d'une norme nationale incompatible avec le droit de l'Union », *AJDA*, mai 2012, 996-997 ; D. SIMON, « Portée en droit national », *Europe*, mai 2012, pp. 15-16.
[397] *Ibid.*, pt. 45.
[398] *Factortame*, *op. cit.*, pts 19-21. Voir J.-C. BONICHOT, « Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », *RFDA*, 1990, pp. 912-920 ; P. CRAIG, « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame », *YEL*, 1991, pp. 221-255 ; R. JOLIET, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Revista di Diritto europeo*, 1992, pp. 253-284 ; D. SIMON, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame », *RMC*, 1990, pp. 591-597.
[399] Voir ci-dessous Titre II, Chapitre II, Section 1, II-B, sur la différence entre efficacité et effectivité.
[400] Voir Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 2, I.
[401] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 72. Voir J.-Y. CARLIER, *JDE*, 2013, n. 197, p. 103-114 ; S. CORNELOUP, *RCDIP*, 2013, p. 515-518 ; L. COUTRON, « La consécration prometteuse d'une nouvelle hypothèse de réexamen

que d'autres principes[402]. En revanche, l'*efficacité*, et non l'*effectivité*, peut être fondée sur la loyauté[403].

140. Cette absence d'appel à la coopération loyale n'empêche pourtant pas la Cour d'approfondir grandement son raisonnement, en prenant en compte le contexte de l'affaire au principal.

B – La prise en compte du contexte, révélation ambigüe

141. La Cour de justice a répondu à la dialectique issue du traité de Maastricht opposant intégration et reconnaissance de l'identité constitutionnelle nationale en renforçant le pragmatisme dont elle fait part dans sa jurisprudence. Pour ce faire, elle a pris en considération le contexte national dans lequel se déroule le procès (1). Par ce moyen, elle aboutit à un approfondissement de son contrôle sur les procédures internes, qui n'est juridiquement possible que si elle prend soin de ménager l'insaisissable identité nationale des États membres telle que voulue par le traité (2).

1. Un approfondissement du contrôle assumé

142. L'apparition annoncée en 1995 peut être considérée en quelque sorte comme étant postdatée. Les décisions de cette année n'ont cependant pas eu qu'un rôle formel – l'inscription dans la jurisprudence de la prise en compte du contexte – mais ont aussi sonné le début d'un approfondissement du contrôle de la Cour dans les procédures internes.

143. L'apparition de la prise en compte du contexte pas la Cour de justice pour déterminer les exigences des critères d'équivalence et d'effectivité fut officiellement remarquée lors du prononcé des arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel* le 14 décembre 1995, alors que la Cour procédait déjà auparavant à un tel contrôle, ce qui fait de son apparition une apparition postdatée.

144. D'aucuns datent en effet l'apparition de la prise en compte du contexte procédural national pour décider de sa conformité au regard des critères d'équivalence et d'effectivité avec les arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* du 14 décembre 1995[404]. Sans revenir sur le détail des

---

d'un acte administratif définitif non contesté en justice », *RTDE*, 2013, p. 304 ; D. SIMON, « Obligation de rouvrir une procédure administrative définitive », *Europe,* décembre 2012, comm. n. 12, p. 12-13.

[402] *3M Italia*, *op. cit.*, pt. 45.

[403] *Factortame*, *op. cit.*, pts 19-21.

[404] *Peterbroeck*, *op. cit.* ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.* Pour la fixation du point de départ de la prise en compte du contexte à ce couple jurisprudentiel, voir notamment S. CAZET, « Retour sur le relevé

faits, largement commentés dans la doctrine[405], on pourrait simplement rappeler que ces deux affaires sont sur le fond assez différentes : l'une, provoquée par un renvoi de la cour d'appel de Bruxelles, l'autre du Hoge Raad des Pays-Bas ; l'une pour l'interprétation des dispositions du traité sur la liberté d'établissement, l'autre sur les règles de concurrence. Toutefois les deux renvois préjudiciels posent la même question du pouvoir du juge interne de relever d'office la contrariété au droit communautaire d'une disposition nationale. Une différence entre les deux est que dans l'affaire *Peterbroeck*, les parties n'ont pas invoqué ce droit en raison de la forclusion de délais ; dans l'affaire *van Schijndel*, l'accent est mis sur le fait qu'en actionnant le relevé d'office, le juge sortirait du litige tel que circonscrit par les parties et renoncerait ainsi à sa passivité. Pour la Cour de justice, si le droit interne donne la possibilité du relevé d'office à son juge, celui-ci a l'obligation de l'exercer s'agissant des règles de droit communautaire, au non de l'obligation de coopération imposant d'assurer une protection juridique des justiciables[406]. Cette obligation tombe lorsque le juge doit renoncer à sa passivité, à la condition que cette règle soit justifiée par la protection des droits de la défense et par le bon déroulement de la procédure[407]. En appliquant ce raisonnement, la Cour de justice en est arrivée à deux conclusions différentes dans les deux affaires. Alors que dans l'arrêt *Peterbroeck* la raison avancée ne pouvait justifier d'écarter le relevé d'office, la Cour a reçu favorablement l'excuse de l'État membre dans l'arrêt *Van Schijndel*. Le même jour, et en application des mêmes critères donc, ces deux arrêts aboutissent à des solutions différentes.

145. Cette apparente divergence[408] est la conséquence d'une exigence apparemment nouvelle de la Cour lorsqu'elle est confrontée à une procédure nationale. En effet, lorsque le juge interne

---

d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt Heemskerk », *Europe*, juillet 2009, n° 7, pp. 4-5.

[405] CANIVET G. et HUGLO J.-G., « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck », *Europe*, avril 1996, pp. 1-4 ; DAHLGAARD DINGEL D., *Public Procurement: A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, Kluwer Law International, 1999, pp. 192-193 ; HEUKELS T., *CMLR*, 1996, pp. 337-353 ; MEHDI R., « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTD eur.*, 1996, pp. 77-100 ; RIGAUX A. et SIMON D., *Europe*, février 1995, pp. 8-10 ; SIMON D., « Chronique de jurisprudence communautaire », *JDI*, 1996, pp. 468-471 ; ROLDÁN BARBERO F. J., « Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (Comentario a las Sentencias des TJCE van Schijndel y Peterbroeck de 14 diciembre de 1995) », *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, p. 799.

[406] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 12 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 14.

[407] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 20 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 21 ; voir aussi CJCE, 7 juin 2007, aff. jointes C-222/05 à C-225/05, *van der Weerd*, Rec. p. I-4233, pt. 38.

[408] Dans sa thèse, S. Marciali relève la cohérence entre les deux affaires, repoussant les positions opposées trop tranchées qui se sont fait jour dans la doctrine, S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 173.

en vient à appliquer les critères de l'équivalence et d'effectivité, il est désormais requis qu'il tienne compte du contexte dans lequel la disposition procédurale s'insère :

> « *Pour l'application de ces principes, chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* »[409].

146. Replacer la procédure dans le cadre national de l'affaire relève du bon sens. À quoi bon, en effet, condamner un régime qui empêche le juge de relever d'office la contrariété du droit interne au droit de l'Union, si cette interdiction, dans le cas particulier de l'affaire, ne remet pas substantiellement en cause l'application du droit de l'Union ? Cette nouvelle génération dans la jurisprudence apportée par les arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel* a donc avant tout une visée pragmatique. Comme le confirme P. Girerd, « il ne s'agit pas d'étudier une règle procédurale isolément mais de l'appréhender dans son contexte général »[410]. Le juge Lenaerts en donne la même interprétation, considérant qu'il s'agit de « tak[e] into account the role played by those rules in the procedure as a whole »[411]. Cette consigne vaut aussi bien dans l'appréhension du critère de l'équivalence que de celui d'effectivité, la Cour ayant écrit dans les deux arrêts du 14 décembre 1995 que le contexte doit être rappelé « *pour l'application de ces principes* », et non d'un seul des deux. La précision peut sembler légère, mais elle est utile, tant la Cour a usé de cette jurisprudence pour le seul bénéfice de l'effectivité, oubliant souvent son applicabilité à l'équivalence[412]. Pourtant, le critère d'équivalence doit bien être soumis au même régime que le critère d'effectivité[413]. Il a pu arriver en outre que seul le critère d'équivalence soit astreint à

---

[409] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19. Pour un rappel récent, voir l'arrêt CJUE, 1er octobre 2015, aff. C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*, n. e. p., pt. 51.

[410] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, p. 79.

[411] K. LENAERTS et D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 93 ; citant l'arrêt CJCE, 16 mai 2000, aff. C-78/98, *Preston e.a.*, Rec. p. I-3201, pt. 63.

[412] Voir les arrêts *Unibet*, *op. cit.*, pts 47 à 52 et pt. 54 ; *van der Weerd*, *op. cit.*, pts 33 et 29 ; *Banco Español des Credito*, *op. cit.*, pts 47 et 49 ; *Byankov*, *op. cit.*, pts 70 et 75 ; CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz*, Rec. num., pts 51 et 53. Seuls les arrêts dans lesquels les deux principes ont été appliqués dans leur intégralité ont été analysés. En effet, la recherche du respect du principe d'équivalence est parfois faite en amont par le juge de renvoi, lui évitant de poser cette question à la Cour. Voir par exemple *Tonina Enza Iaia*, *op. cit.*, pt. 14.. Par conséquent, dans de nombreux cas, seule la question du respect du principe d'effectivité est développée.

[413] *Belinda S. Levez*, *op. cit.*, pt. 44 ; *Preston e.a.*, *op. cit.*, pt. 61 ; *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 46 ; CJUE, 8 juillet 2010, aff. C-246/09, *Susanne Bulicke*, Rec. p. I-7003, pt. 29 ; CJUE (ordonnance), 18 janvier

une remise dans le contexte national de la disposition procédurale[414]. L'application de la jurisprudence *Peterbroeck* et *van Schijndel* à l'équivalence a son expression propre. Afin d'apprécier l'équivalence entre deux procédures, le juge interne doit en effet prendre en compte tous les éléments de fait et de droit[415], étant entendu que l'analyse doit se faire « *de manière objective et abstraite* », en tenant compte de leur place dans l'ensemble de la procédure, du déroulement de ladite procédure et des particularités des règles[416].

147. Dans tous les cas, si la Cour de justice de l'Union européenne a annoncé ce 14 décembre 1995, par le biais des arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel*, un réajustement du champ de son contrôle du procès interne, elle ne pourrait qu'avoir assumé clairement ce qu'elle faisait déjà auparavant. Il pourrait difficilement en être autrement, dès lors que la mission de la Cour est d'interpréter le droit de l'Union. Il faut en effet distinguer deux mouvements qui ont précédé 1995, et qui se sont rejoins cette année-là. En premier lieu, les arrêts *Rewe* et *Comet* en 1976 ont officialisé un basculement sur le fond, la Cour annonçant une méthode qui lui permet d'approfondir son analyse des procédures nationales. En second lieu, sur le plan formel, l'abandon en 1979[417] de la rédaction des arrêts en « attendus » et donc de la phrase unique, a fait que le juge s'est montré « encore plus soucieux de convaincre »[418]. Sa prose s'est naturellement allongée, car la Cour a « commencé à expliquer ce qu'elle faisait »[419]. On a alors assisté en une poignée d'années à deux approfondissements, l'un sur le fond, l'autre sur la forme. En 1995, les deux mouvements se rejoignent à la faveur de l'abandon, un an auparavant, des rapports annexés aux arrêts de la Cour. À partir de ce moment-là, la Cour ne peut plus renvoyer au rapport pour plus de précisions. Cette amputation sur la forme de l'arrêt pousse inévitablement la Cour à s'appuyer sur le fond de l'affaire pour mieux justifier ses solutions, en apportant au lecteur des éléments de fait auxquels il n'a plus accès[420].

2011, aff. C-272/10, *Berkizi-Nikolakaki*, Rec. p. I-3, pt. 41 ; CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-177/10, *Francisco Javier Rosado Santana*, Rec. num., pt. 90. Seuls les arrêts dans lesquels les deux principes ont été appliqués dans leur intégralité ont été analysés.

[414] CJCE, 24 mars 2009, aff. C-445/06, *Danske Slagterier*, Rec. p. I-2119, pts 32 et 41. Seuls les arrêts dans lesquels les deux principes ont été appliqués dans leur intégralité ont été analysés.

[415] Voir par exemple *Steffensen*, *op. cit.*, pt. 65.

[416] Voir par exemple *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 41.

[417] CJCE, 4 octobre 1979, aff. 141/78, *Commission contre Royaume-Uni*, Rec. p. 2923.

[418] L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.*, 2009, n° 4, p. 647.

[419] L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 501.

[420] *Ibid.*, p. 502.

148. Il nous semble donc que 1995 n'est pas un point de départ évident dans la prise en compte du contexte par la Cour de justice. Sur la seule question du refus par un État membre de restituer une taxe perçue en violation du droit de l'Union, au motif que cela créerait un enrichissement sans cause au bénéfice du contribuable, la Cour, sans faire une référence directe aux particularités factuelles et procédurales nationales, révèle par son argumentation qu'elle en a, en réalité, une connaissance précise. Ce contentieux, qui s'est épanoui essentiellement dans les années 80 et 90, n'a en effet pas manqué de pragmatisme, malgré les formules générales de la Cour : « *la protection des droits garantis en la matière par l'ordre juridique communautaire n'exige pas d'accorder une restitution de taxes indûment perçues dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droits* »[421] ; le juge national peut prendre en compte le fait que la taxation par l'État a eu « *pour effet de restreindre le volume des importations* »[422] ; sont interdites également des présomptions « *qui visent à rejeter sur le contribuable la charge d'établir que les taxes indument payées n'ont pas été répercutées sur d'autres sujets* »[423] ; ou encore « *l'exclusion de tout mode de preuve autre que la preuve documentaire* »[424]. Systématiquement, la Cour s'en tient à ces assertions, faisant mine de ne pas voir la disposition procédurale interne et ses implications. Or, il serait insensé de croire à une telle ignorance, la procédure préjudicielle impliquant une étude relativement précise des éléments en cause : ordonnance de renvoi, audition des parties en cause au principal, interventions, rapport du juge rapporteur, conclusions de l'avocat général. La Cour a d'ailleurs spécifié dans l'arrêt *Ferwerda* du 5 mars 1980 qu' « *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* »[425].

149. Il est possible de voir cette attitude de la Cour de justice comme un abandon partiel de sa mission d'encadrement de la compétence procédurale nationale par les critères d'équivalence et d'effectivité. La situation de l'arrêt *Van Schijndel*, qui accorde à l'État membre la possibilité

---

[421] CJCE, 27 février 1980, aff. 68/79, *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, Rec. p. 501, pt. 26 ; voir aussi CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Denkavit Italiana*, Rec. p. 1207, pt. 26 ; CJCE, 12 juin 1980, aff. 130/79, *Express Dairy Foods*, Rec. p. 1887, pt. 13 ; *Ariete*, *op. cit.*, pt. 13 ; *MIRECO*, *op. cit.*, pt. 14.

[422] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26.

[423] CJCE, 9 novembre 1983, aff. 199/82, *San Giorgio*, Rec. p. 3595, pt. 14. Voir M. VEROONE, « La Cour de Luxembourg et le « procès équitable » », *Gaz. Pal.*, 1984, pp. 114-116 ; M. WAELBROECK, « La garantie du respect du droit communautaire par les États membres. Les actions au niveau national », *CDE*, 1985, pp. 37-48.

[424] *Ibid.*, pt. 14.

[425] *Ferwerda*, *op. cit.*, pt. 15, à propos de la récupération d'une aide communautaire illégalement octroyée.

de refuser à un juge le pouvoir de relever d'office le droit communautaire, avait pu justifier cette crainte. Il est possible par ailleurs que la déclaration de conformité d'une disposition nationale dans plusieurs affaires ultérieures soit imputable à cette nouvelle prise en compte du contexte interne. La solution dégagée dans l'arrêt *van Schijndel* a été par exemple répétée dans l'arrêt *van der Weerd*[426]. Or, l'idée contraire, selon laquelle la prise en compte du contexte devant la juridiction de renvoi permet à la Cour d'approfondir son champ d'intervention, peut aussi être tout à fait défendue[427].

150. D'une part, il ne fait pas de doute que l'astreinte imposée dans les arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel* oblige non seulement le juge national, mais aussi la Cour de justice à un contrôle juridictionnel plus poussé que jadis. La démonstration de cette intrusion plus avant dans les profondeurs procédurales et factuelles nationales a été faite dans un certain nombre de cas, dont l'arrêt *Evans* du 4 décembre 2003. Cette affaire a vu le jour grâce à la ténacité de M. Evans, victime d'un accident de la route causé par une voiture, un « véhicule automoteur » selon l'expression utilisée par la directive applicable en l'espèce[428]. Cette voiture n'ayant pu être identifiée, M. Evans a pu bénéficier de la transposition en droit britannique d'une directive prévoyant la création d'un organisme public chargé d'indemniser notamment les victimes de véhicules non identifiés. Au Royaume-Uni, c'est le Motor Insurer's Bureau qui est en charge de cette mission. Il aura fallu attendre l'épuisement d'une série de recours pour que la High Court of Justice soit saisie et pose une question préjudicielle à la Cour de justice sur le cas de la mauvaise transposition de la directive. En effet, après avoir exercé un recours contre la décision du Bureau de lui allouer une somme jugée trop faible, M. Evans a interjeté appel à quatre reprises, en contestant même un refus d'autorisation d'interjeter appel. L'une des questions portait sur le fait que l'autorité chargée de trancher les contestations du montant de la réparation fixée par le Motor Insurer's Bureau, est un tribunal arbitral dont les moyens d'appel sont plus limités que devant un juge ordinaire[429]. Pour la Cour, il est d'abord nécessaire de faire savoir que la directive ne réglemente pas la nature de l'autorité désignée pour accueillir

---

[426] *van der Weerd*, *op. cit.*, pt. 38. Voir E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, *AJDA*, 2007, p. 2250-2251 ; J.-H. JANS, A.T. MARSEILLE, *CMLR*, 2008, p. 853-862 ; M. PETTIE, P. VAN YPERSELE, *JDE*, 2007, n. 142, pp. 239-245 ; D. SIMON, *Europe*, n. 8, août 2007, p. 11-12.

[427] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 421, l'auteur y voit « une approche interventionniste » (nous traduisons).

[428] Directive 84/5 relative à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs.

[429] Il semblerait que l'appel ne puisse se fonder que sur une irrégularité grave ayant affecté la procédure arbitrale ou sur une question de droit : CJCE, 4 décembre 2003, aff. C-63/01, *Evans*, Rec. p. I-14492, pt. 38.

les recours contre les décisions du Bureau[430]. Par conséquent, c'est au Royaume-Uni de désigner la juridiction compétente et de régler les modalités procédurales des recours, dans les limites des critères d'équivalence et d'effectivité. Après avoir rappelé que, conformément à sa jurisprudence *van Schijndel*, le critère d'effectivité requiert une analyse remise dans son contexte de la procédure nationale[431], la Cour de justice se livre à une étude détaillée de la situation en cause devant le juge de renvoi en travaillant sur quatre aspects du Bureau.

151. Le premier d'entre eux est le fait que le Motor Insurer's Bureau statue lui-même sur l'opportunité de revenir sur sa décision d'octroi de la réparation[432]. Le deuxième aspect est l'appel qui peut être formé devant un arbitre indépendant, qui dispose de tous les éléments du dossier pour juger de la pertinence de la révision ou non du montant de la réparation[433]. Troisièmement, deux autres appels sont possibles devant deux juridictions différentes : l'un pour faire valoir une « grave irrégularité ayant entaché la procédure d'arbitrage », l'autre pour contester l'utilisation des preuves ayant abouti à une violation de la règle de droit[434]. Dans ce dernier cas, le requérant doit avoir été autorisé à interjeter appel. Quatrièmement enfin, un recours est possible de manière classique en appel devant la Court of Appeal, puis en cassation devant la House of Lords, sous réserve cependant d'y être autorisé[435]. La Cour s'autorise une dernière remarque : cette procédure a l'avantage d'être rapide et économique, car il revient au Bureau de mener l'enquête au nom de la victime et d'en supporter les frais. Elle en conclut donc que l'effectivité de la directive n'est pas violée par les modalités procédurales propres à cette affaire.

152. Cette affaire montre ainsi la capacité de la Cour à contrôler le détail des conditions dans lesquelles le procès se déroule devant le juge national. Auparavant, les juges de l'Union faisaient preuve de bien plus de retenue quand il s'agissait d'entrer dans les détails du droit interne, en n'égrenant que des principes généraux que le juge interne devait prendre en compte. Dans l'affaire *San Giorgio* par exemple, datée du 9 novembre 1983, alors que la question posée par le juge de renvoi était précise — un État membre peut-il subordonner le remboursement de taxes nationales perçues en violation du droit communautaire à la preuve que ces taxes n'ont pas été répercutées sur d'autres personnes ? — la Cour ne fait que considérer que des

---

[430] « *en l'absence de réglementation communautaire en la matière* », *Ibid.*, pt. 45.
[431] *Ibid.*, pt. 46.
[432] *Ibid.*, pt. 49.
[433] *Ibid.*, pt. 50.
[434] *Ibid.*, pt. 51.
[435] *Ibid.*, pt. 52.

présomptions qui visent « *à rejeter sur le contribuable la charge d'établir que les taxes indument payées n'ont pas été répercutées sur d'autres sujets* »[436] seraient contraires au critère d'effectivité. Elle édicte de la même manière d'autres exigences, sans rappeler les particularités de la procédure interne qui avaient pourtant été mentionnées dans le rappel des faits. Cette rédaction impersonnelle et générale perdurera jusqu'aux arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel*, à partir de quoi la Cour aura non plus à cœur d'estimer si une procédure paraît contraire aux critères d'encadrement de la compétence des États, mais de déterminer avec précision si dans l'affaire au principal, la disposition procédurale enfreint le droit de l'Union[437].

153. D'autre part, descendre dans les tréfonds du millefeuille procédural soigneusement tissé par les États membres, permet aussi à la Cour de se forger sa propre opinion sur les conditions réelles dans lesquelles le particulier invoque les droits qu'il tire du droit de l'Union, ce qui peut aboutir à des censures inattendues. Ainsi, dans l'arrêt *Virginie Pontin* daté du 29 octobre 2009, la Cour de justice procède à un retournement dans l'opinion qu'elle se fait de la modalité procédurale en cause. Il s'agissait d'un délai de recours relativement cours — quinze jours — imposé à une femme enceinte pour lui permettre de contester son licenciement, qu'elle juge contraire à la directive 92/85 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail. Pour la Cour, suivant en cela l'ensemble des intervenants à l'exclusion de Madame Pontin, ce court délai présente l'intérêt de garantir la sécurité juridique tant de la requérante que de l'employeur, « *compte tenu notamment des conséquences, pour l'ensemble des acteurs concernés, de la réinsertion, dès lors que celle-ci interviendrait après un laps de temps important* »[438]. Tout porte ainsi à croire que le délai national de forclusion est conforme au critère d'effectivité, en ce qu'il ne rend pas en pratique impossible ni excessivement difficile l'exercice du recours par Madame Pontin. C'est ce que les juges avancent, du moins provisoirement[439]. En effet, ce constat est éphémère, la Cour trouvant parmi le détail de la

---

[436] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 14.

[437] Pour ne citer que quelques exemples, voir les arrêts CJUE, 16 juillet 2009, aff. C-69/08, *Raffaelo Visciano*, Rec. p. I-6741, pts 43 à 49 ; *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pts 45 à 59 ; CJUE, 26 janvier 2010, aff. C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, Rec. p. I-635, pts 31 à 46 ; CJCE, 1 juillet 2010, aff. C-35/09, *Speranza*, Rec. p. I-6581, pts 41 à 47 ; CJUE, 25 novembre 2010, aff. C-429/09, *Günter Fuss*, Rec. p. I-12167, pts 72 à 87 ; *Trianel*, *op. cit.*, pts. 43 à 49 ; *Danfoss*, *op. cit.*, pts 24 à 38 ; ou encore *Banco Español des Credito*, *op. cit.*, pts. 46 à 65.

[438] *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 60.

[439] *Ibid.*, pt. 61. La Cour estime dans un premier temps que « *eu égard notamment au principe de sécurité juridique, les exigences du principe d'effectivité ne s'opposent pas, en principe, s'agissant de l'action visant à obtenir la réinsertion au sein de l'employeur de la femme enceinte ayant fait l'objet d'une*

procédure dans cette affaire en particulier, des éléments qui la poussent à conclure finalement le contraire. Est en cause le point de départ du délai, qui peut soit courir à partir du moment où la lettre de licenciement est postée, et donc avant que la requérante en ait pris connaissance, soit ne jamais commencer à courir si elle a été dans l'incapacité d'agir. Ces éléments, ajoutés au fait que la requérante était en début de grossesse quand elle a été licenciée, et qu'elle aurait pu légitimement avoir des difficulté « *à se faire utilement conseiller ainsi que, le cas échéant, de rédiger et d'introduire un recours* », concourent à convaincre la Cour que le délai de quinze jours est finalement trop court[440]. La disposition procédurale interne rend donc excessivement difficile l'exercice par la requérante du droit qu'elle tire de la directive 92/85. Or, dans cette affaire, les juges auraient pu s'en tenir à la première partie de la réponse qui validait le délai de forclusion, en demandant au juge de renvoi de s'assurer que cette conclusion ne pourrait pas être remise en cause du fait de la situation particulière d'une femme enceinte. Ils auraient alors, de manière classique, laissé au juge interne le soin de vérifier les conditions particulières de mise en œuvre de la procédure. Bien au contraire, les juges se sont saisis de ces conditions particulières et ont donné un avis ferme : ils emportent l'incompatibilité du délai avec le critère d'effectivité[441].

154. Autre cas par lequel l'intrusion de la Cour dans le contexte national de la disposition procédurale a débouché sur sa dénonciation, l'arrêt *Olimpiclub* du 3 septembre 2009[442] démontre les puissants effets de la jurisprudence *Peterbroeck* et *van Schijndel*. Alors que la Cour n'avait eu de cesse d'affirmer son attachement au respect de l'autorité de la chose jugée[443], elle se permet de la nier, dans le domaine des aides d'État, dès lors que « *une telle application du principe de l'autorité de la chose jugée aurait […] pour conséquence que […] l'application incorrecte de ces règles se reproduirait pour chaque nouvel exercice fiscal, sans qu'il soit*

---

mesure de licenciement, à l'institution d'un délai de forclusion plus court que celui prévu pour une action en dommages et intérêts ».

[440] *Ibid.*, pts 65 et 67.

[441] Conformément aux fonctions de la procédure de l'article 267 TFUE, la Cour finit malgré tout par renvoyer au juge interne la responsabilité de constater ou non la validité de la disposition nationale par cette formule : « *ce qu'il appartiendrait toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier* », *Ibid.*, pt. 67.

[442] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*

[443] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 46 ; CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-224/01, *Köbler*, Rec. p. I-10239, pt. 39 ; *Kapferer*, *op. cit.*, pt. 21 ; dans l'affaire *Lucchini SpA contre MICA*, *op. cit.*, pt. 63, la Cour a cependant repoussé l'argument de l'autorité de la chose jugée qui faisait obstacle à la récupération d'une aide d'État, car la décision de compatibilité est une compétence exclusive de la Commission européenne. La raison ici qui pousse la Cour à cette solution n'est donc pas la conséquence de la prise en compte du contexte. Sur cette dernière affaire, voir Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 1, II-A.

possible de corriger cette interprétation erronée »[444]. Auparavant, la Cour avait bien pris soin de rappeler qu'elle replacerait la disposition en tenant compte de sa position « *dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* »[445]. Ainsi, c'est en analysant les aboutissants de l'article 2909 du code civil italien, y compris son interprétation jurisprudentielle par la Corte suprema de cassazione, que l'évidence de la répétition de la violation apparaît. Il est donc remarquable que la seule prise en compte du contexte de manière plus approfondie puisse avoir pour conséquence de revenir sur l'autorité de la chose jugée.

155. Cette évolution des choses est une conséquence logique du rôle juridictionnel d'un juge suprême : tout ce que la Cour de justice demande au juge national de décider, elle peut le lui intimer dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation. Néanmoins, toute la jurisprudence postérieure aux arrêts de 1995 ne porte pas en elle l'obligation de tenir compte du contexte national, cette exigence n'apparaissant que lorsque l'État membre en cause par le biais de sa législation tente de justifier l'atteinte au droit de l'Union.

2. Une identité nationale réaffirmée

156. L'exigence de replacer l'application du droit de l'Union dans son contexte national est accompagnée d'une méthode, ou plutôt d'indices, que la Cour fournit aux juges de droit commun. Dans cette opération, ils doivent en effet prendre en considération « *les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure* »[446]. Par une telle référence à ces trois principes qui sont *à la base du système juridictionnel national*, la Cour donne la possibilité aux États membres de justifier une entorse dans la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union. Le professeur Rideau a beau jeu alors de dire que nous assistons à « une volonté de la Cour de laisser une incontestable marge au jeu de l'autonomie procédurale »[447]. Dans le cas spécifique de l'encadrement classique de la compétence procédurale par les critères de l'équivalence et d'effectivité, cette attitude semble s'apparenter en effet à un recul. Il n'est pas étonnant que la doctrine ait identifié une revalorisation de l' « autonomie » nationale dès le milieu des années 90[448]. Nous traiterons plus loin le cas des

---

[444] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 30. Voir aussi Partie II, Titre II, Chapitre II, Section 1, II-A.
[445] *Ibid.*, pt. 27.
[446] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.
[447] J. RIDEAU, « Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes », *AJDA*, 1996, hors-série, p. 10.
[448] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 53.

justifications étatiques, et de leur impact sur l'intégration négative, car elles dépassent le seul cas de l'encadrement classique[449].

157. Ce que nous pouvons dire néanmoins dès à présent, c'est que ces justifications ne sont peut être pas apparues par hasard en décembre 1995, presque trois ans après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, qui a manifesté pour la première fois un intérêt pour l'identité nationale des États membres, la revendication par ces États prenant alors « une acuité nouvelle en réaction aux avancées » dudit traité[450]. Apparu à l'article F du Traité du l'Union européenne signé à Maastricht, il était rédigé simplement comme suit : « L'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, dont les systèmes de gouvernement sont fondés sur les principes démocratiques »[451]. Il ne peut être affirmé avec certitude que la Cour de justice a tenu compte de cette nouvelle donne dans les arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel*. Toutefois, malgré le caractère « obscur » de l'article 4 paragraphe 2[452], il peut être allégué que la Cour, de manière générale, se soucie du respect qu'elle doit à l'identité nationale, ou à l'identité constitutionnelle nationale[453], dans un mouvement général de « décrue » dans l'interprétation large des compétences de l'Union[454] et un nouvel usage de la subsidiarité[455].

158. Le professeur D. Ritleng, fort de son expérience de référendaire à la Cour de justice, a démontré la considération permanente dans la jurisprudence à l'égard des réticences des juges nationaux, d'abord, puis des États membres telles que traduites dans les traités, ensuite. Il a pu s'agir d'abord de la reconnaissance des droits fondamentaux en tant que principes communs aux traditions juridiques des États membres, notamment à partir de l'arrêt *Stauder* en 1969[456].

---

[449] Voir Partie II, Titre I, Chapitre I.
[450] D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 25.
[451] Aujourd'hui, cette disposition a été largement modifiée, et se trouve à l'article 4 paragraphe 2 TUE : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ».
[452] B. JASTRZEBSKA, « Le principe de respect de l'identité nationale des États membres - signification incertaine d'une disposition ambitieuse », *in* S. BESSON et P. PICHONNAZ (dirs.), *Les principes en droit européen*, Paris, LGDJ, coll. « Fondements du droit européen », 2011, p. 165.
[453] Ainsi, A. RIGAUX et D. SIMON, dans leur commentaire des deux arrêts, critiquent la position de la Cour de justice, qui consacre une « 'renationalisation' de l'office du juge interne », *Europe*, février 1996, comm. 57, p. 10. Voir, pour une étude générale sur ce thème L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, IREDIES - Pedone, coll. « Cahiers européens », 2011, 168 p.
[454] A. BERRAMDANE et J. ROSETTO, *Droit de l'Union européenne*, Montchrétien, 2010, p. 282.
[455] M. DELMAS-MARTY, « Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale des États membres », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 331.
[456] D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 30 ; et CJCE, 12 novembre 1969, aff. 29/69, *Stauder*, Rec. p. 419.

Il a pu également s'agir d'affirmer l'autonomie institutionnelle des États[457], ou encore d'accepter « la légitimité d'une interprétation nationale d'une notion », comme ce fut le cas avec la question de la dignité humaine dans l'arrêt *Omega*[458]. L'auteur de l'article cite également le cas de l'arrêt *Groener* en 1989, par lequel la Cour interprète une notion autonome du droit communautaire étant respectueuse de l'identité constitutionnelle nationale[459]. G. van der Schyff y voit, lui, la première manifestation de cette identité dans la jurisprudence de la Cour[460].

159. Dans le même sens, et pour ajouter à la liste ouverte par le professeur Rideau[461], nous pourrions évoquer la concomitance de l'inscription conventionnelle dans le traité de Maastricht de l'identité nationale et de la reconnaissance de justifications qui sont à la base des systèmes juridictionnels nationaux dans les arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel*[462]. Confirmée par le traité de Lisbonne à l'article 4 paragraphe 2 TUE, l'identité nationale peut être considérée comme commandant « the principle of Member State self-governance or autonomy in the European Union »[463]. Il n'est donc pas interdit de penser que la possibilité de justifier par la sécurité juridique, les droits de la défense ou le bon déroulement de la procédure, une atteinte à la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union, est le corollaire de cette identité nationale autrefois sous-jacente, désormais bien apparente dans les traités. Tout comme la prise en compte du contexte, qui auparavant n'était pas clairement visible dans les arrêts de la Cour, et qui ressort

---

[457] D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 32 ; et CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-32/02, *Omega*, Rec. p. I-9609.

[458] D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 42. Nous renvoyons à l'article pour la liste complète des techniques de reconnaissance de l'identité constitutionnelle nationale.

[459] *Ibid.*, p. 41 ; et CJCE, 28 novembre 1989, aff. 379/87, *Groener*, Rec. p. 3967.

[460] G. VAN DER SCHYFF, « The Constitutional relationship between the European Union and its Member States: the role of National identity in article 4(2) TEU », *ELR*, 2012, vol. 35, n° 5, p. 565 ; les autres renvois, d'après l'auteur, sont faits par les arrêts CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, Rec. p. I-13693 ; CJCE, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, Rec. p. I-3787 ; et CJUE, 1 mars 2012, aff. C-393/10, *O'Brien*, Rec. num.

[461] Lui-même précise qu'il s'agit d'un « premier tableau » : D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 36.

[462] Nous ne résistons pas à l'envie de faire un autre parallèle, et de rappeler que l'arrêt *Keck et Mithouard* date de 1993, et qu'il est célèbre dans le riche domaine de la libre circulation des marchandises pour avoir à la fois créé une présomption excluant les modalités de vente de la qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, et requis un contrôle approfondi de la mesure nationale susceptible de renverser la présomption (aussi appelé « double-test ») : CJCE, 24 novembre 1993, aff. jointes C-267/91 et 268/91, *Keck et Mithouard*, Rec. p. I-6126, pt. 16.

[463] D. CHALMERS, G. DAVIES et G. MONTI, European Union Law, 2ème éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 201.

désormais de façon explicite. Moins explicite, mais tout aussi avéré est le caractère cumulatif des deux critères.

II – Des critères cumulatifs

160. La manifestation du caractère cumulatif des deux critères est que, après avoir considéré que le critère d'équivalence est respecté, elle analyse le critère d'effectivité (A). Or, en contradiction avec le syllogisme qui devrait s'imposer, après avoir constaté que le premier critère n'est pas respecté, elle analyse de façon surabondante le second (B).

A – Une validité subordonnée

161. La question des rapports entre les deux critères ne peut faire abstraction de leur caractère cumulatif ou non. Aujourd'hui, il ne fait pas de doute que les deux critères doivent être respectés pour que la disposition procédurale nationale respecte le droit de l'Union[464]. Il est en effet bien indiqué que la liberté procédurale des États membres doit respecter l'équivalence « *et* » l'effectivité :

> « *… à condition toutefois qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne rendent pas impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux consommateurs par le droit de l'Union (principe d'effectivité)* »[465].

162. Si un doute subsiste sur la signification de la conjonction « *et* », il peut être aisément levé par la jurisprudence de la Cour qui le remplace dans une phrase négative par l'autre conjonction, moins ambiguë, « *ni* »[466]. La doctrine s'accorde également pour considérer les deux critères comme étant cumulatifs[467]. Les débuts n'ont pourtant pas été aussi clairs. On se rappelle les arrêts *Rewe* et *Comet* dans lesquels la Cour avait éloigné les deux règles l'une de l'autre, à un point tel qu'il pouvait être malaisé de déterminer les rapports qu'ils entretenaient.

---

[464] A. RIGAUX et D. SIMON, *Europe*, février 1996, comm. 57, p. 9.
[465] Voir par exemple *Mohamed Aziz*, *op. cit.*, pt. 50 (nous soulignons).
[466] « *ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire* » : voir par exemple les arrêts *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.
[467] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 389 ; J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*, p. 601 (« distinct but cumulating »).

Dans l'arrêt *Rewe* par exemple, elle avait requis dans un premier temps le respect de l'équivalence en l'absence de réglementation communautaire, puis dans un second temps, et trois paragraphes plus loin, le respect de l'effectivité en l'absence d'harmonisation procédurale[468]. Par la suite, des confusion eurent lieu, notamment dans l'arrêt *Fromme* en 1982, où la Cour estime que respecter le critère d'équivalence revient à respecter l'efficacité du droit communautaire[469]. Aussi il arrive que, lorsque la question ne porte que sur le critère de l'équivalence, et que la Cour ne répond que sur ledit critère, mention peut être faite des deux exigences d'encadrement[470]. Elle fait fréquemment de même dans le sens inverse, en rappelant l'exigence d'équivalence lorsque la question ne porte que sur l'interprétation du critère d'effectivité[471]. Cet élément – l'annonce des deux critères côte à côte – pourrait être un indice de plus dans la balance en faveur d'une interprétation dans le sens du caractère cumulatif.

163. La meilleure preuve de ce caractère cumulatif des deux règles réside dans l'abondante jurisprudence, qui traite les deux critères, en considérant que la validation des deux est nécessaire pour que la disposition interne soit conforme au droit de l'Union. Cette possibilité ressort précisément de l'affaire *Pelati* du 18 octobre 2012 sur renvoi d'un tribunal slovène[472]. Il convient avant tout de préciser que la situation dans cette affaire est purement interne, et ne doit son traitement par la Cour de justice qu'au seul fait que la Slovénie se conforme pour ces solutions « à celles retenues dans le droit de l'Union ». Ainsi, selon une jurisprudence qui ne varie pas, la Cour répond néanmoins à ce type de question dans l'intérêt d'une application uniforme du droit de l'Union[473]. Une fois passé cet obstacle à la recevabilité de la question préjudicielle, la Cour se penche sur la difficulté procédurale soulevée par le juge de renvoi. En l'espèce, Monsieur Pelati souhaitait bénéficier d'un avantage fiscal résultant de la directive 90/434 relative à un régime fiscal commun applicable notamment aux scissions des sociétés

---

[468] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5.
[469] CJCE, 6 mai 1982, aff. 54/81, *Firma Wilhelm Fromme*, Rec. p. 1450, pt. 6. Voir aussi l'arrêt *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 31.
[470] *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.*, pt. 31.
[471] Ou lorsque, souvent, la question ne comporte aucun des deux principes. Pour ne citer que les arrêts ayant trait à la répétition de l'indu : CJCE, 2 février 1988, aff. 309/85, *Barra*, Rec. p. 355, pts 18-21 ; *Peterbroeck*, *op. cit.*, pts 12-21 ; CJCE, 24 septembre 2002, aff. C-255/00, *Grundig Italiana SpA*, Rec. p. I-8003, pts 33-34 ; CJCE, 17 juin 2004, aff. C-30/02, *Recheio – Cash & Carry SA*, Rec. p. I-6051, pts 17-18 ; *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pts 54-59 ; CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-94/10, *Danfoss*, n. e. p., pts 24-29.
[472] CJUE, 18 octobre 2012, aff. C-603/10, *Pelati*, Rec. num. Voir le commentaire de MOSBRUCKER A.-L., *Europe*, décembre 2012, comm. nº 12 p. 24-25.
[473] *Ibid.*, pts 16 à 18. La Cour cite alors les arrêts CJCE, 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, Rec. p. I-4161, pt. 32 ; CJCE, 15 janvier 2002, *Andersen og Jensen*, C-43/00, Rec. p. I-379, pt. 18 ; et CJCE, 20 mai 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg*, C-352/08, Rec. p. I-4303, pt. 33.

d'États membres différents. En droit slovène, la demande tenant à cet avantage doit être introduite au moins 30 jours avant la réalisation de la scission de la société. En ce qui concerne le critère de l'équivalence, la Cour de justice le considère comme respecté, mais par défaut, car elle ne dispose pas d'élément lui prouvant le contraire[474].

164. Ce critère étant cumulatif avec celui d'effectivité, son seul respect ne suffit pas à « sauver » définitivement le délai national de forclusion. La Cour en vient donc à explorer le respect du critère d'effectivité. De ce point de vue, ce délai ne pose pas de problème en soi[475]. La Cour n'étaye d'ailleurs pas cette affirmation, mais il est constant qu'elle est assez libérale en matière de délais de forclusion[476]. Ce qui pose problème en revanche, c'est qu'une incertitude règne sur le terme du délai, qui intervient au moment de l'inscription au registre des sociétés commerciales. Or, cette inscription n'est pas faite par celui qui procède à l'opération, mais par une autorité juridictionnelle, si bien que son moment ne dépendait pas, en l'espèce, de Monsieur Pelati. Étant donné que le point de départ du délai est fixé en fonction du terme — il faut compter 30 jours à rebours — l'incertitude vaut également pour le moment à partir duquel le requérant ne pouvait plus demander l'avantage fiscal[477]. Dès lors, le principe de sécurité juridique qui exige que le régime des délais soit « suffisamment précis, clair et prévisible » n'est pas respecté. Il en découle que la disposition procédurale interne est contraire au critère d'effectivité, sous réserve d'une conclusion en ce sens du juge de renvoi[478].

165. Dans cette affaire, donc, le critère d'équivalence semble respecté, alors que le critère d'effectivité ne l'est potentiellement pas. Si ces conclusions sont confirmées par le juge de renvoi, alors il devra écarter le délai de forclusion et accepter la demande d'avantage fiscal de Monsieur Pelati, à condition évidemment qu'elle soit recevable sur le fond. Selon les termes de cet arrêt, donc, les deux critères d'encadrement sont cumulatifs[479]. Plus explicite encore est l'arrêt *Transportes Urbanos* rendu en Grande chambre le 26 janvier 2010, et dans lequel la Cour, après avoir constaté le non respect du critère de l'équivalence, estime que « *[c]ompte*

---

[474] *Ibid.*, pt. 24.
[475] *Ibid.*, pt. 32.
[476] Voir Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 1, II.
[477] *Pelati*, *op. cit.*, pts 34 et 35.
[478] *Ibid.*, pt. 36.
[479] La Cour avait déjà, auparavant, exprimé cette idée du nécessaire respect des deux principes pour qu'une mesure nationale soit valable : « *Si la comparaison avec une procédure interne similaire ne révèle pas un traitement défavorable à l'encontre des produits importés ou s'il n'existe pas de procédure comparable, il appartient au juge national de vérifier, en second lieu, si la procédure applicable rend l'importation de produits en provenance d'autres États membres pratiquement impossible ou excessivement difficile, auquel cas cette procédure serait également contraire au droit communautaire* » : CJCE, 3 février 2000, aff. C-228/98, *Dounias*, Rec. p. I-599, pt. 60.

tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la règle de l'épuisement préalable des voies de recours en question dans l'affaire au principal au regard du principe d'effectivité »[480]. Si en effet le critère d'équivalence, pour être respecté, exige que les modalités de recours soient alignées sur celles sur le fondement du droit interne, ce ne sont plus les modalités à l'origine spécifique des recours sur le fondement du droit de l'Union qu'il faut analyser, mais celles, désormais applicables pour le tout, sur le fondement du droit interne. Or, dans l'affaire *Transportes Urbanos*, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours n'existait pas pour les recours sur le fondement du droit interne. Le grief de non respect de l'effectivité devient donc caduc.

166. De nombreuses autres affaires procèdent du même schéma, où lorsque les deux critères sont analysés, le fait qu'un seul soit respecté ne suffit pas à considérer la procédure comme étant conforme au droit de l'Union[481]. Cependant, dans nombre d'arrêts, la Cour conclut à la violation des deux critères après une double analyse, alors qu'elle aurait pu s'en tenir à une seule, suffisant à disqualifier la disposition interne.

---

[480] *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.*, pts 46 et 47.

[481] Pour ne citer que quelques uns des arrêts : *Heylens*, *op. cit.*, pt. 15 ; *Barra*, *op. cit.*, pt. 19 ; CJCE, 25 février 1988, aff. jointes 331/85, 376/85 et 378/85, *Bianco et Girard*, Rec. p. 1099, pt. 12 ; *Deville*, *op. cit.*, pt. 13 ; *Factortame*, *op. cit.*, pt. 21 ; CJCE, 11 juillet 1991, aff. jointes C-87 à 89/90, *Verholen*, Rec. p. I-3757, pt. 15 ; *Emmott*, *op. cit.*, pt. 23 ; *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*, pt. 33 ; CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, *Marshall II*, Rec. p. I-4367, pt. 31 ; CJCE, 9 novembre 1995, aff. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft I*, Rec. p. I-3761, pt. 36 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 15 ; *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; et, pour des affaires plus récentes : CJUE, 15 janvier 2013, aff. C-416/10, *Križan e. a.*, n. e. p., pt. 90 ; *Mohamed Aziz*, *op. cit.*, pt. 59 ; *Mariana Irimie*, *op. cit.*, pt. 27 ; *Asbeek Brusse*, *op. cit.*, pt. 57 ; *Donau Chemie*, *op. cit.*, pts 35 et s. ; *Schenker*, *op. cit.*, pt. 49.

B – Une analyse surabondante

167. Dans certains arrêts les deux critères sont analysés alors qu'ils sont tous les deux défaillants. Or, nous avons déjà vu qu'il suffit qu'un des deux critères ne soit pas rempli pour que la disposition procédurale soit illégale. Dans quelques rares cas néanmoins, la Cour examine le respect du critère d'équivalence, constate sa violation, examine ensuite le respect du critère d'effectivité, puis constate aussi sa violation[482]. La Cour touche alors là aux limites du caractère cumulatif des deux critères, dans le cadre d'une procédure de coopération juridictionnelle comme celle de l'article 267 TFUE. Si cette attitude peut être aisément comprise dans le cadre du renvoi en interprétation (2), il peut être succinctement rappelé pourquoi cela n'est pas possible dans les autres types de recours (1).

1. Une inapplicabilité en dehors du renvoi préjudiciel

168. L'analyse des deux critères n'a pas lieu d'être dans le recours en annulation, qui est un procès fait à un acte des institutions de l'Union, sans donc mettre en mouvement le juge national. Dans la quasi-totalité des cas, il ne s'agit pas d'un recours en annulation, dans lequel seul compte le maintien ou le retrait d'un acte illégal. Dans l'éventualité d'une telle situation, il suffirait pour le juge de couper court au raisonnement à partir du moment où un argument permet à lui seul de constater l'illégalité de la disposition. Ainsi, les problématiques d'exercice de la compétence procédurale entre la Cour de justice et les juridictions nationales ne trouvent pas leur place dans un contentieux de l'annulation des actes de droit dérivé de l'Union. Ce type de recours se fait en effet sans aucune implication directe du juge interne. L'arrêt *Donnici contre Parlement européen* montre bien que l'équivalence et l'effectivité sont impuissants dans le recours en annulation :

> « *le Parlement n'a pas fait valoir que les dispositions procédurales italiennes se heurteraient à ces principes d'équivalence et d'effectivité. En outre, même à supposer une telle hypothèse, il n'en résulterait pas*

[482] CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-147/01, *Weber's Wine World e. a.*, Rec. p. I-11385, pts 107 et 113 ; CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, Rec. p. I-6619, pts 93 et 95 ; *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pts 33 et 35, où la Cour, malgré la violation du principe d'effectivité, demande au juge de renvoi de contrôler le respect du principe de l'équivalence ; *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pts 59 et 67.

que le Parlement serait habilité à remplacer les actes relevant des autorités nationales compétentes par ses propres appréciations »[483].

169. Certes, dans le cadre du renvoi préjudiciel, la Cour de justice ne peut pas non plus substituer sa propre appréciation aux actes de droit interne de sorte à les annuler, mais elle peut proposer son appréciation au juge national, qui lui a le pouvoir d'annuler l'acte, et l'obligation de respecter l'autorité de l'arrêt de la Cour. Dans le recours en annulation, rien de cela n'est possible, l'annulation n'étant que celle des actes des institutions de l'Union européenne. La Tribunal, qui connaît des recours contre les décisions de récupération des aides illégales rendues par la Commission, n'envisage d'ailleurs le critère d'effectivité que comme une hypothèse, au cas où le juge national serait saisi d'une demande de révision des modalités de récupération suite à l'annulation de la décision de la Commission[484]. L'absence du juge national est pointée par la Cour dans le pourvoi contre un arrêt du Tribunal dans l'affaire *Akzo Nobel*, arrêt rendu en Grande chambre le 14 septembre 2010. Les requérants arguaient que le Tribunal n'avait pas respecté l' « *autonomie nationale de procédure* », mais la Cour de justice répond sur ce point que « *dans la présente affaire, la Cour est appelée à se prononcer sur la légalité d'une décision prise par une institution de l'Union sur le fondement d'une règlementation adoptée au niveau de l'Union, qui, au surplus, ne comporte aucun renvoi au droit national* »[485]. La question est donc réglée par la Cour elle-même pour le contentieux de l'annulation.

170. L'applicabilité des critères d'encadrement est néanmoins possible, quoique partielle, dans le recours en manquement, à l'occasion duquel le juge national peut être indirectement sollicité. Ce recours est en effet bien exposé, ne serait-ce qu'à cause du contentieux relatif aux aides d'État qui implique le plus souvent le juge interne pour leur récupération. Dans ces types de recours, seule l'effectivité, ou plus souvent l'efficacité, est analysée, sans aucune référence à l'équivalence[486]. De ce fait, la question du cumul des deux critères ne se pose pas. Une

---

[483] CJCE, 30 avril 2009, aff. jointes C-9/08 et 393/07, *Donnici c. Parlement*, Non publié au Recueil, pt. 64.

[484] Trib., 1 juillet 2010, aff. T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA contre Commission*, Rec. p. II-3229, pt. 251 ; voir aussi CJCE, 21 mars 1990, aff. C-142/87, *Belgique contre Commission*, Rec. p. I-1005, pt. 61.

[485] CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals*, Rec. p. I-8301, pts 109 et 114.

[486] Voir par exemple CJCE, 5 octobre 2006, aff. C-232/05, *Commission c. France (Scott I)*, Rec. p. I-10071, pt. 49 ; et CJUE, 28 janvier 2010, aff. C-456/08, *Commission c. Irlande*, Rec. p. I-859, pt. 53. Voir aussi de manière générale les arrêts CJCE, 22 décembre 2010, aff. C-304/09, *Commission c. Italie*, Rec. p. I-13903 ; CJUE, 13 octobre 2011, aff. C-454/09, *Commission c. Italie*, Rec. p. I-150 ; CJUE, 5 mai 2011, aff. C-305/09, *Commission c. Italie*, Rec. p. I-3225 ; CJUE, 14 juillet 2011, aff. C-303/09, *Commission c. Italie*, Rec. num. ; CJUE, 6 octobre 2011, aff. C-302/09, *Commission c. Italie (entreprises de Venise et Chioggia)*, Rec. p. I-146 ; et CJUE, 29 mars 2012, aff. C-243/10, *Commission c. Italie (hôtellerie sarde)*, Rec. num.

possibilité cependant d'utilisation aussi du critère d'équivalence transparaît dans l'arrêt *Commission contre Slovaquie* du 22 décembre 2010. La récupération de l'aide dans cette affaire se heurtait à l'autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle. La Cour y rappelle ainsi sa jurisprudence *Köbler* qui n'exige pas de revenir sur cette autorité[487]. Elle ne va pas plus loin cette fois, mais la jurisprudence dans ce domaine fait appel au critère de l'équivalence, et que ce dernier peut menacer l'intangibilité des décisions juridictionnelles définitives[488]. Pour le moment, les recours en manquement n'ont pas eu à faire face à des cas dans lesquels équivalence et effectivité sont chevillées à la problématique juridique, obligeant la Cour à traiter le deux alors qu'ils ne seraient pas respectés. Cette hypothèse s'est cependant produite lors de renvois préjudiciels en interprétation du droit de l'Union.

2. Un intérêt certain dans le cadre du renvoi préjudiciel

171. Les demandes de questions préjudicielles constituent une part écrasante des recours traitant de la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union. La diplomatie juridictionnelle institutionnalisée par l'article 267 TFUE oblige la Cour à répondre à la question posée par le juge de renvoi (a), mais a aussi pour conséquence, dans le domaine de notre étude, que la Cour pourrait faire face à une multiplication des recours si elle ne répondait pas, parfois, sur les deux critères. Sa jurisprudence pourrait alors être justifiée par le souci d'éviter un retour du contentieux à la Cour de justice (b), aboutissant à affirmer une complémentarité entre les deux critères[489].

a. L'obligation de répondre à la question posée

172. Dans le cadre du renvoi en interprétation du droit de l'Union de l'article 267 TFUE, la Cour de justice est intimement liée à la question telle que posée par le juge national. La Cour le dit elle-même, elle a l'obligation de répondre à la question qui lui est adressée, dès lors que les faits ne sont pas fictifs, que le problème n'est pas hypothétique, qu'elle dispose des éléments de faits et droit suffisants[490], et que l'affaire entre dans le champ d'application du droit de l'Union[491]. Cela ne l'empêche pas, il est vrai, de reformuler la question pour la rendre

---

[487] CJCE, 22 décembre 2010, aff. C-507/08, *Commission c. Slovaquie*, Rec. p. I-13489, pt. 59.
[488] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*
[489] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 423.
[490] Voir, pour le cas spécifique de la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union : *Donau Chemie*, *op. cit.*, pts 15 et 16.
[491] Nonobstant les cas dans lesquels la Cour de justice s'estime compétente en dehors de toute mise en œuvre du droit de l'Union. Pour une étude détaillée de la complexité de cette jurisprudence, voir l'article

compatible à la terminologie utilisée par la Cour[492], ou pour recentrer la question sur une notion qu'elle estime être réellement en jeu[493]. Dans tous les cas, la spécificité de la procédure préjudicielle, procédure non contentieuse[494], fait que la « réponse donnée par la Cour de justice au juge national dépendra étroitement des arguments soulevés par le juge national »[495].

173. Dès lors qu'elle est tenue de répondre, et que la question est reformulée, la Cour de justice devrait s'appliquer à ne traiter que la question posée. Ainsi, une question ne portant que sur le critère d'effectivité ne devrait porter que sur le critère d'effectivité, l'annonce même du critère d'équivalence étant superfétatoire[496]. Parfois des incohérences émergent, la Cour analysant généralement les deux critères lorsque la question porte sur l'interprétation du principe de protection juridictionnelle effective en tant qu'élément de l'effectivité du droit de l'Union[497], sans que cette règle-ci soit néanmoins absolue[498]. L'équivalence a même été traitée – et pas seulement annoncée – alors que la question ne portait que sur le critère d'effectivité[499]. Aussi, alors que la question ne porte que sur le critère de l'équivalence, et que la Cour ne répond donc que sur ledit critère, mention peut être faite des deux exigences d'encadrement[500]. En définitive, le caractère cumulatif apparaît avec le choix fréquent de l'annonce des deux critères côte à côte. La Cour a même répondu sur le critère d'effectivité alors que la question ne portait que sur le critère d'équivalence[501].

« Une anomalie préjudicielle », A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Grands écrits », 2011, p. 159-190.

[492] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 66.

[493] *DEB*, *op. cit.*, pt. 29, dans lequel la Cour requalifie le *principe* d'effectivité mentionné dans la question en principe de protection juridictionnelle effective.

[494] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2003, p. 662.

[495] R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 223.

[496] *Grundig Italiana SpA*, *op. cit.*, pt. 33 ; *Recheio – Cash & Carry SA*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pt. 55 ; *Donau Chemie*, *op. cit.*, pt. 27.

[497] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 52 ; *3M Italia*, *op. cit.*, pt. 45 ; *Byankov*, *op. cit.*, pt. 71.

[498] Il arrive ainsi que seule l'effectivité soit analysée lorsqu'est en jeu la protection juridictionnelle effective : *DEB*, *op. cit.*, pt. 33, alors que l'Avocat général P. Mengozzi proposait une analyse à l'aide des deux principes classiques de l'encadrement (v. pts 47 et suiv. des conclusions rendues le 2 septembre 2010).

[499] CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-429/12, *Pohl*, Rec. num. La question préjudicielle était formulée comme suit, au point 21 : « *la juridiction de renvoi demande, en substance, si le droit de l'Union, et, en particulier, le principe d'effectivité, s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal…* ». « *S'agissant du principe d'équivalence* », commence la Cour de justice au point 26, « *une telle règle de prescription ne saurait être considérée comme contraire au principe d'équivalence* », termine-t-elle au point 28.

[500] *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.*, pt. 31.

[501] *Belinda S. Levez*, *op. cit.*

174. Outre la mention de celui des deux critères qui n'est pas invoqué à l'origine, la Cour a pu aller jusqu'à analyser les deux critères, au-delà de la simple mention donc, et alors qu'ils n'étaient pas respectés. Les quelques cas par lesquels la Cour de justice fait un effort supplémentaire pour analyser aussi bien un critère d'équivalence défaillant qu'un critère d'effectivité enfreint ne remettent cependant pas en cause le caractère cumulatif des deux critères. Ainsi que nous l'avons vu, en effet, la simple constatation de la violation d'un seul des deux critères suffirait à disqualifier la disposition interne. Engager l'analyse du second critère alors que le premier est violé pourrait alors apparaître comme inutile, voire comme remettant en question leur caractère cumulatif. Cependant, cette attitude s'explique par la fonction du renvoi en interprétation du droit de l'Union, qui est avant tout une procédure de juge à juge, un entre soi juridictionnel dans lequel ce qui importe le plus est la compréhension de ce qui est demandé et de ce qui est répondu. C'est ce qui explique que dans les arrêts *Weber Wine's World* et *Virginie Pontin* la Cour analyse successivement équivalence et effectivité, qui se trouveront en fin de compte être toutes deux violées par la disposition procédurale interne[502].

175. Dans ces deux affaires, la demande d'interprétation de l'équivalence et de l'effectivité ne ressort pas de la question préjudicielle, ni même des débats devant le juge national avant qu'il soit opéré au renvoi. Nonobstant cette absence, c'est lors du renvoi que les deux aspects seront mis en avant, non par le juge ayant actionné le mécanisme de l'article 267 TFUE, mais par tous les intervenants à la procédure, qu'il s'agisse des parties au principal aussi bien que des interventions des États membres et de la Commission. Tous examinent alors au regard des deux critères, dans l'affaire *Weber Wine's World*, les conditions dans lesquelles une demande en réparation pouvait être faite, après un arrêt de la Cour déclarant que le droit de l'Union

[502] *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.* ; et *Virginie Pontin*, *op. cit.* Voir pour le premier arrêt MEHDI R., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2004, pp. 559-564 ; et SIMON D., « Vers un renforcement modéré de l'encadrement jurisprudentiel des règles nationales de répétition de l'indu ? », *Europe*, 2003, pp. 6-8. Voir pour le second arrêt CARPONNE V., « Arbitrabilité des litiges en droit de la consommation », *LPA*, 2010, n. 115, p. 24 ; CLAY T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2009, p. 2959 ; COUTRON L., chron., *RTD eur.*, 2010, p. 113 ; HOUYET Y., « L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux », *JDE*, 2010, n. 167, pp. 69-76 ; IDOT L., obs., *Europe*, 2010, n. 12, pp. 32-33 ; MANARA C., obs., *Arbitrage adr.*, n. 1671 ; MUSELA A., PEDONE P., « Clause compromissoire et droit de l'Union – Une nouvelle étape en faveur du consommateur », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n. 2, pp. 471-488 ; PICOD F., « Non-conformité du droit applicable aux licenciements des femmes enceintes aux exigences de protection juridictionnelle et de non-discrimination », *JCP G.*, 2009, n. 433, p.42 ; REMY CORBRAY P., « L'influence du droit communautaire sur l'office du juge », *RTD civ.*, 2009, n. 9, pp. 684-688 ; et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., obs., *LEDC*, 2009, n. 11, p. 7.

s'opposait à la taxe autrichienne sur les boissons alcoolisées[503]. Il en est de même dans l'arrêt *Virginie Pontin*, en ce qui concerne les modalités de contestation judiciaire d'un licenciement d'une femme enceinte potentiellement abusif[504].

176. À l'inverse, dans l'affaire *Transportes Urbanos*, les intervenants à la procédure ne faisaient valoir que la seule violation du critère de l'équivalence. L'effectivité de la disposition procédurale en cause, elle, ne semblait pas poser de problème et ce, malgré la demande, dans la question préjudicielle, d'interpréter les deux critères[505]. Sans doute est-ce motivé par le fait que, au-delà d'une question de droit, la Cour tranche indirectement un litige, et que dans cette veine qui pousse au pragmatisme, son souci principal est de faire en sorte que sa décision soit utile au juge de renvoi. C'est en tout cas ce que nous comprenons de ce choix dans cet arrêt, et les arrêts *Weber Wine's World* et *Virginie Pontin* nous paraissent aller dans le même sens, alors qu'ils analysent, eux, les deux critères.

b. La volonté d'éviter un retour du contentieux

177. C'est en regardant non seulement la question préjudicielle mais aussi les débats entre les intervenants que le choix de la Cour de traiter l'un seulement ou les deux critères prend son sens. Dans ce dernier cas, on peut légitimement se demander ce qui serait advenu si, appliquant à la lettre la logique du caractère cumulatif, la Cour n'avait examiné la disposition nationale qu'au regard du premier des deux critères, le critère de l'équivalence, qui suffisait à lui seul à obliger le juge interne à mettre à l'écart sa procédure. Dans l'affaire *Werber Wine's World*, il aurait été possible, pour respecter le critère de l'équivalence, d'introduire une disposition législative qui aurait aligné les modalités de répétition des taxes contraires au droit interne sur

---

[503] Pour le demandeur au principal, voir les points 44 et 45 de l'arrêt *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.* ; pour les gouvernements autrichien et italien, voir les points 67 et 68 ; pour la Commission, voir les points 81 et 82.

[504] Pour la demanderesse au principal, voir le point 32 de l'arrêt *Virginie Pontin*, *op. cit.* ; pour la société qui a licencié Madame Pontin, pour le gouvernement luxembourgeois, pour le gouvernement italien, et pour la Commission, voir les points 33 à 36.

[505] « *En appliquant, dans [la jurisprudence litigieuse], des solutions différentes aux actions en responsabilité patrimoniale de l'État législateur fondées sur des actes administratifs édictés en application d'une loi déclarée inconstitutionnelle et aux mêmes actions fondées sur des actes édictés en application d'une règle déclarée contraire au droit [de l'Union], le Tribunal Supremo méconnaît-il les principes d'équivalence et d'effectivité ?* » : *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.*, pt. 21. La Cour de justice a d'ailleurs reformulé la question au point 28 en faisant disparaître la référence à l'effectivité, qu'elle trouvait visiblement inadaptée au regard des caractéristiques du litige : « *Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si le droit de l'Union s'oppose à une règle d'un État membre en vertu de laquelle les actions en responsabilité de l'État fondées sur une violation de ce droit par une loi nationale sont soumises à une condition d'épuisement préalable des voies de recours contre l'acte administratif dommageable, alors que ces mêmes actions ne sont pas soumises à une telle condition lorsqu'elles sont fondées sur une violation de la Constitution par cette même loi* ».

celles contraires au droit de l'Union[506]. L'équivalence aurait ainsi été respectée. À tout le moins, les Länder autrichiens se voyaient justement reprocher dans cette affaire d'avoir voté des lois pour réduire spécifiquement les possibilité de répétition de la taxe, une nouvelle action en ce sens n'étant donc pas qu'une hypothèse. Or, les modalités de répétition prévues pour la taxe litigieuse sont aussi contraires au critère d'effectivité, en ce qu'elles établissent une présomption selon laquelle les entreprises ont répercuté la taxe sur les acheteurs, et que son remboursement créerait un enrichissement sans cause. La Cour accepte certes qu'un État membre tienne compte du risque d'enrichissement sans cause pour refuser la répétition d'une taxe contraire au droit de l'Union[507]. Néanmoins, c'est à la condition qu'une présomption ne rende pas excessivement difficile de prouver le contraire[508]. Ainsi, en alignant le régime des taxes contraires au droit interne sur celui des taxes contraires au droit de l'Union, la violation du critère d'effectivité aurait perduré et, probablement, un nouveau renvoi préjudiciel aurait été requis. Les mêmes problématiques se posent dans l'affaire *Virginie Pontin* : une fois le délai de recours déclaré contraire au critère de l'équivalence, il n'en reste pas moins qu'il est aussi contraire au critère d'effectivité, et qu'un nouveau renvoi serait nécessaire pour trancher cet autre point.

178. Une fois la violation du critère d'équivalence avérée, le juge de renvoi devrait-il poser une nouvelle question préjudicielle pour savoir si la disposition procédurale remplit son office en matière d'effectivité ? Si on prend en compte le fait que, déjà, le contentieux de l'exécution procédurale du droit de l'Union est souvent un contentieux « retour », c'est-à-dire généré par une décision précédente de la Cour de justice portant sur un conflit matériel[509], la nécessité de

---

[506] *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 92. La Cour estime en effet que « *l'adoption par un État membre d'une réglementation restreignant, avec effet rétroactif, le droit à la répétition de l'indu, pour prévenir les effets que pourrait avoir un arrêt de la Cour jugeant que le droit communautaire s'oppose au maintien d'une imposition nationale, n'est contraire à celui-ci et, plus particulièrement, à l'article 10 du traité que dans la mesure où elle vise spécifiquement cette imposition, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier. Dès lors, le fait qu'une telle mesure a un effet rétroactif n'est pas, en tant que tel, constitutif d'une violation du droit communautaire, lorsque la mesure ne vise pas spécifiquement l'imposition qui faisait l'objet d'un arrêt de la Cour* ».

[507] CJCE, 4 octobre 1979, aff. 238/78, *Ireks-Arkady contre Conseil et Commission*, Rec. p. 2955, pt. 14.

[508] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 14.

[509] Pour ne citer qu'eux, il y a l'arrêt *Express Dairy Foods*, *op. cit.*, iss. de l'arrêt CJCE, 3 mai 1978, aff. 131/77, *Milac/HZA Saarbrücken*, Rec. p. 1041 ; l'arrêt *Marshall II*, *op. cit.*, iss. de l'arrêt CJCE, 26 février 1986, aff. 152/84, *Marshall I*, Rec. p. 723 ; l'arrêt *Barra*, *op. cit.*, iss. de l'arrêt CJCE, 13 février 1985, aff. 292/83, *Gravier*, Rec. p. 606 ; l'arrêt *Deville*, *op. cit.*, iss. de l'arrêt CJCE, 9 mai 1985, aff. 112/84, *Humblot*, Rec. p. 1367 ; l'arrêt CJCE, 14 janvier 1997, aff. C-192/95 à 218/95, *Comateb*, Rec. p. I-165, iss. de l'arrêt CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-163/90, *Legros*, Rec. p. I-4625 ; l'arrêt CJCE, 15 septembre 1998, aff. jointes C-279/96 à C-281/96, *Ansaldo*, Rec. p. I-5025, iss. de l'arrêt CJCE, 20 avril 1993, aff. jointes C-71/91 et 178/91, *Ponente Carni*, Rec. p. I-1947 ; l'arrêt *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, iss. de l'arrêt CJCE, 9 mars 2000, aff. C-437/97, *EKW et Wein & Co.*, Rec. p. I-1157 ; l'arrêt

traiter l'intégralité des questions s'impose comme un impératif d'éviter que la Cour ne soit à nouveau saisie d'un recours portant sur le même contentieux.

179. Surtout étant donné que l'arrêt ainsi rendu a une valeur rétroactive, dès lors que la Cour « *éclaire et précise, lorsque besoin est, la signification et la portée de cette règle telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur* »[510]. Par conséquent, le fait que la disposition procédurale nationale soit déclarée contraire au critère d'équivalence ou à celui d'effectivité emporte son illégalité *ab initio*. La Cour en tire la conclusion que « *la règle ainsi interprétée peut être appliquée par le juge même à des rapports nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation* »[511].

CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-470/04, *Almelo*, Rec. p. I-7409, iss. de l'arrêt CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Rec. p. I-2409 ; l'arrêt *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*, iss. de l'arrêt CJCE, 4 mars 2004, aff. C-19/01, *Barsotti*, Rec. p. I-2005 ; l'arrêt *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, iss. de l'arrêt CJCE, 21 février 2006, aff. C-255/02, *Halifax*, Rec. p. I-1609 ; l'arrêt CJUE, 6 septembre 2011, aff. C-398/09, *Lady & Kid*, Rec. num., iss. de l'arrêt CJCE, 31 mars 1992, aff. C-200/90, *Dansk Denkavit et Poulsen Trading*, Rec. p. I-2217.

[510] CJCE, 27 mars 1980, aff. jointes 66/79, 127/79 et 128/79, *Salumi*, Rec. p. 1237, pt. 7.

[511] *Ibid.*, pt. 7 ; voir A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 147.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

180. Les rapports entre les deux critères font moins débat que les critères eux-mêmes. Il est en effet constant qu'ils tirent leur légitimité du principe de coopération loyale, et qu'ils sont cumulatifs. Les rares cas où la Cour de justice est allée à l'encontre de ce caractère cumulatif s'expliquent avant tout par les règles qui président à la coopération juridictionnelle entre elle-même et les cours nationales. C'est cette même coopération juridictionnelle, actant l'immixtion formelle de la notion d'identité nationale dans le traité de Maastricht, qui a sans doute poussé la Cour dans la voie de sa jurisprudence de 1995[512]. En définitive, au-delà de leur caractère formellement cumulatif, les deux critères sont matériellement complémentaires.

181. Décriée par une bonne part de la doctrine, la jurisprudence *Peterbroeck* et *van Schijndel* serait pleine de contradictions. Des solutions différentes d'abord, mais qui s'expliquent par les spécificités respectives des deux affaires. La divergence n'est donc qu'apparente. Ensuite, une « renationalisation » de l'office du juge de droit commun du droit de l'Union[513], due à la prise en compte du contexte, alors qu'en même temps la Cour de justice s'autorise à descendre plus profondément encore dans les méandres du droit national. Cette renationalisation montre la bonne volonté de la Cour de justice à prendre en compte les réticences des juges nationaux, ainsi que l'explique le professeur et ancien référendaire D. Ritleng[514]. Le professeur D. Sarmiento exprime bien cette tension, avec l'idée de « national Voice ». Cette *voix nationale* a participé à l'émergence du pluralisme constitutionnel, qui a lui-même permis en retour la montée en puissance de la loyauté communautaire[515], chacune étant la contrepartie de l'autre, l'effectivité interne des normes de l'Union étant à ce prix[516]. En effet, il ne sera jamais assez dit que la coopération que l'Union et ses États membres se doivent mutuellement ne saurait être garantie sans une collaboration préalable dans l'élaboration du discours juridictionnel. Deux magistrats au cœur de cette tension, J.-C. Bonichot et F. Grévisse, avaient exposé cette idée qui

---

[512] Voir les contributions aux actes du colloque sous la direction de L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, *op. cit.*
[513] Selon l'expression d'A. RIGAUX et D. SIMON, *Europe*, février 1996, comm. 57, p. 10.
[514] Voir l'ensemble de la contribution D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*
[515] D. SARMIENTO, « National Voice and European Loyalty. Member State Autonomy, European Remedies and Constitutional Pluralism in EU Law », *op. cit.*, p. 344.
[516] D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 28.

tient beaucoup de la diplomatie de cours, pour expliquer le raisonnement de l' « autonomie institutionnelle et procédurale »[517].

182. La participation à ce dialogue devrait alors autoriser d'émettre l'idée selon laquelle ces critères ne constituent pas des principes dont l'énoncé laisse une marge de manœuvre au juge, mais des critères à l'aune de la nature desquels la critique doit être calibrée. C'est le régime étudié séparément des deux critères, qui doit ainsi être mis à l'épreuve de l'analyse. En effet, les règles juridiques qui gouvernent les notions d'équivalence et d'effectivité sont bien distinctes.

[517] J.-C. BONICHOT et F. GRÉVISSE, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », *op. cit.*, p. 297 et suiv.

CHAPITRE II – DES RÉGIMES DISTINCTS

183. Si les contraires s'attirent, alors équivalence et effectivité avaient tout pour s'entendre. Ils sont intrinsèquement différents, et c'est ce qui fait leur complémentarité. Le premier assure un traitement procédural par la juridiction nationale voulu égalitaire entre le droit interne et le droit de l'Union. Le second permet de s'assurer que les modalités procédurales remplissent bien leur fonction dans la mise en œuvre du droit de l'Union, qui est d'assurer une protection juridique des particuliers. Complémentaires car, donc, différents.

184. Dans un premier temps, le critère d'équivalence nécessite un raisonnement en deux temps. Il s'agit d'abord de trouver, à côté de la disposition du droit de l'Union invoquée, un droit interne similaire. Une fois cette opération réussie, ce qui n'est pas toujours le cas, il faut regarder si les modalités procédurales des recours juridictionnels qui s'appliquent à ces deux droits son équivalentes. Cette méthode a amené nombre d'auteurs à appeler le critère d'équivalence, un principe de non discrimination. En effet, pour déceler en droit et en fait si une discrimination a lieu, il faut voir si deux situations identiques reçoivent un traitement différent. Toutefois, cette non discrimination n'est que partielle, car la Cour de justice n'empêche aucunement les États membres à traiter le droit de l'Union de manière plus favorable que le droit national. Par ailleurs, le traitement d'équivalence oblige parfois le juge à interpréter le droit national, ce qu'il n'est pas censé faire[518]. Il se limite donc régulièrement à un simple renvoi à l'appréciation du juge interne. L'équivalence, du fait qu'elle est peu appelée par la Cour de justice, joue un rôle qui est la plupart du temps inexistant, sauf quelques rares cas remarquables. La rigidité de son application permet avant l'intervention du juge des certitudes quant au résultat de son analyse **(Section 1)**.

185. Le critère d'effectivité, dans un second temps, ouvre plus largement le champ des possibles, car il revient à donner à la Cour de justice le pouvoir de déterminer ce qui rend excessivement difficile l'exercice d'un droit que le justiciable tire du droit de l'Union. C'est donc la Cour qui place le curseur de l'exercice de la compétence procédurale. Cependant, et contre toute attente, ce critère d'effectivité est moins un vecteur qu'un frein à la primauté du droit de l'Union. En effet, en tant que raisonnement dérogatoire à la *doctrine Simmenthal*, ce critère agit comme un média entre droit de l'Union et droit interne dont les exigences sont moindres que celles du principe de primauté. Ces éléments en apparence contradictoires font de l'effectivité un critère soumis à des aléas **(Section 2)**.

[518] CJCE, 2 décembre 1964, aff. 24/64, *Dingemans,* Rec. p. 1259.

Section 1 – L'équivalence : un critère d'application rigide

186. *A priori*, l'analyse par le juge du respect du critère de l'équivalence ne pose pas de difficulté particulière[519]. Pourtant, elle a fait émerger un raisonnement débouchant sur une mise en œuvre « complexe et malaisée »[520]. Cela n'aurait pas dû poser de problème spécifique, tant s'assurer que deux droits sont traités sans discrimination relève d'un enthymème routinier pour le juge. Le critère de l'équivalence a bien au contraire éloigné la Cour des sentiers éculés des simples principes de non discrimination. C'est que l'équivalence n'est pas de la non discrimination, et que l'équivalence au sens propre n'est pas non plus l'équivalence au sens où l'entend la Cour de justice. Il s'agit plutôt d'une notion « à la manière de », un standard qui dispose d'une définition autonome en droit de l'Union. Nous verrons que l'équivalence n'est que partielle et que les critères de son analyse en deux temps sont instables. En ce sens, le critère de l'équivalence est un critère décomposé (I). L'autre difficulté dans l'analyse du respect du critère par la Cour, est l'interdiction faite par le traité d'interpréter le droit de l'Union. Or, comparer deux situations dont l'une est un recours interne fondé sur le droit interne, rend particulièrement difficile pour la Cour de rester dans les termes de l'office qui lui est assigné par l'article 267 TFUE : l'interprétation du seul droit de l'Union. Par des précautions linguistiques, elle s'arrange ainsi pour éviter à tout prix d'interpréter le droit interne (II). Malgré ces questionnements, l'équivalence reste un critère strict dont les certitudes quant à son application finissent par apparaître.

---

[519] A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 284, qui dit que « it is simply aimed at ascertaining whether a certain judicial action is "similar" to another one, and comparing requirements imposed by national procedural laws » ; dans le même sens, voir D. DAHLGAARD DINGEL, *Public Procurement...*, *op. cit.*, p. 163, qui estime que cette analyse est « relatively uncomplicated in terms of application ».

[520] F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.*, p. 600.

I – Un critère décomposé

187. L'analyse par la Cour du respect du critère d'équivalence est complexe, malgré la place relative qu'il occupe face au critère d'effectivité. De toute évidence, la jurisprudence peine à imposer une méthode unique et surtout univoque de traitement de l'équivalence. Le problème est d'ampleur, car son application est faite essentiellement par les juridictions nationales. L'ambiguïté est due d'abord au sens même du terme *équivalence*, en inadéquation avec le sens qui lui est donné dans notre domaine d'étude : l'équivalence, sans aller jusqu'à signifier l'identité, sous-entend expressément que A ne s'éloigne pas trop de B, et que B fasse de même. Or, le critère d'équivalence, du point de vue de la Cour, ne vaut qu'au profit du droit de l'Union, et peut donc jouer au détriment du droit national, mettant potentiellement à mal la cohérence du système juridique interne[521]. L'équivalence est donc partielle (A). L'ambiguïté est due aussi à la méthode. Comme pour le principe de non discrimination, qui implique de déterminer deux situations similaires pour lesquelles le traitement doit être similaire, l'analyse du respect de l'équivalence se fait en deux temps (B). Cependant, mais ce n'est sans doute qu'un problème mineur, les critères sont aléatoires et la méthode cabalistique.

A. Une équivalence partielle

188. Si le critère d'équivalence est parfois appelé aussi principe de non discrimination, il nous semble que cette seconde expression est peu adaptée au régime du critère tel que développé par la Cour de justice. En effet, en prohibant tout traitement moins favorable du droit de l'Union par rapport à un droit interne similaire (1), la Cour de justice, loin d'interdire un traitement plus favorable, en impose parfois elle-même (2). Dans ces conditions, une discrimination peut être exigée, et l'équivalence, elle, n'est plus que partielle.

[521] I. PERNICE, « The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 394.

1. L'interdiction d'un traitement moins favorable

189. Le critère de l'équivalence est un critère interdisant toute discrimination, du moins c'est ce qui ressort de son mécanisme. Il postule en effet que les modalités procédurales « ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »[522], selon la définition rituelle de la Cour, intacte depuis 1976[523]. Il implique en quelque sorte une obligation de « parité juridictionnelle »[524].

190. De façon négative, la modalité procédurale appliquée par le juge national lorsqu'est invoqué le droit de l'Union ne peut pas être moins favorable, ne peut pas être plus restrictive, que la modalité procédurale appliquée lorsqu'est invoqué un droit national similaire. Nous serions tentés de dire donc : à situation identique, traitement différent, ce qui est l'essence même de la discrimination[525]. La Cour de justice va dans ce sens, puisqu'elle formule en ces mêmes termes, à certaines occasions, l'obligation de traitement équivalent : « l'application de la législation nationale doit se faire de façon non discriminatoire par rapport aux procédures visant à trancher des litiges du même type, mais purement nationaux »[526], reprenant alors les mots de R. Kovar posés auparavant dans les Cahiers de droit européen en 1977[527]. Ainsi, le schéma du critère de l'équivalence ne serait pas « différent, dans son essence, de celui utilisé pour le contrôle des dispositions matérielles nationales au regard du principe communautaire de non discrimination »[528].

---

[522] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5 ; *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 13.
[523] *Donau Chemie*, *op. cit.*, pt. 27. L'arrêt est ainsi formulé : ces règles « *ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence)* ».
[524] P. CASSIA, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 422. L'auteur utilise alors cette expression dans le contexte de l'encadrement procédural par le principe général du droit à une protection juridictionnelle effective.
[525] Par exemple, en matière de fonction publique de l'Union : CJCE, 20 mars 1984, aff. jointes C-75/82 et C-117/82, *Razzouk et Beydoun contre Commission*, Rec. p. I-1509.
[526] Voir pour une première formulation : *Salumi*, *op. cit.*, pt. 20. HARTLEY T., « The Effects in National Law of Judgments of the European Cour », *ELR*, 1980, pp. 366-373.
[527] L'équivalence « correspond à une expression particulière du principe de non-discrimination », R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », *op. cit.*, p. 243. D'autres auteurs parlent aussi de « non discrimination » : A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 284 ; D. DAHLGAARD DINGEL, *Public Procurement...*, *op. cit.*, pp. 163 et s.
[528] A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 284 (nous traduisons). Voir aussi, pour la même position, K. LENAERTS et D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 84, qui parle de « equal treatment of claims », qui renvoie implicitement au principe de non discrimination dont il est le corolaire.

191. Sauf que l'analogie du critère de l'équivalence avec celui de non discrimination ne résiste pas à la rigueur sémantique. L'interdiction de la discrimination n'est que partielle. Il ne s'agit pas en effet d'une application à double sens de la prohibition : à l'égard du droit de l'Union, et à l'égard du droit national. Il ne s'agit pas d'appliquer absolument les modalités procédurales fondées sur le droit de l'Union « dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national »[529]. En fait, l'interdiction ne vaut que lorsque le droit de l'Union est traité moins favorablement que le droit national, et non l'inverse. Le droit national peut être moins bien traité que le droit de l'Union[530]. La Cour n'en a jamais fait mystère, sa formulation étant sans ambiguïté : les modalités « ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne ». A contrario, donc, les modalités procédurales peuvent être plus favorables. On imagine difficilement qu'un État membre, par un comportement dépassant la vertu, soit plus généreux à l'égard du justiciable lorsqu'il invoque le droit de l'Union que lorsqu'il invoque le droit national. On se figure avec peine qu'il prescrive le remboursement d'une taxe fondée sur le droit national au bout de trois ans, et qu'il accorde un an de plus si la taxe est fondée sur le droit de l'Union. Pourquoi serait-il plus généreux, au point d'afficher une sorte de discrimination positive, alors que rien ne l'y oblige ? Force est de constater en tout cas que rien ne le lui interdit non plus.

192. Nous pourrions pousser plus loin la confrontation terminologique, et remettre en question le sens même de l'équivalence. Car comme la discrimination peut être positive ou négative, le terme d'équivalence exige tout autant une similitude des valeurs[531], sans envisager que l'une puisse être ni moins favorable, ni plus favorable que l'autre. Une mesure équivalant à une restriction quantitative, par exemple, vaut aussi bien à l'égard des produits importés qu'exportés : la mesure étatique ne peut pas être moins favorable pour les produits originaires des autres États membres, ni même pour ses propres produits[532]. L'équivalence est exigible avec ses deux effets. Or, pour la Cour, l'équivalence procédurale, comme la non discrimination,

---

[529] CJCE, 7 juillet 1981, aff. 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH (Croisières du beurre)*, Rec. p. 1805, pt. 44.

[530] Cependant, dans le domaine spécifique des marchés publics, D. DAHLAGAARD DINGEL, qui utilise le terme « non discrimination », explique que le critère est respecté dès lors que « the national judicial review of the application of the Community law is undertaken in accordance with the conditions laid down by national law » : D. DAHLGAARD DINGEL, *Public Procurement...*, *op. cit.*, p. 163.

[531] Le dictionnaire de l'Académie française (9ème éd.), définit ainsi le terme « équivalent » : « Qui est de même valeur ».

[532] Les articles 34 et 35 TFUE interdisent respectivement toutes « restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent », et toutes « restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent ».

est à sens unique. Comme nous l'avons dit, elle n'exige de la norme procédurale nationale que d'être au moins aussi favorable pour le droit de l'Union qu'elle l'est pour le droit national.

193. L'utilisation du terme équivalence ne nous paraît cependant pas poser de problème particulier, car il ne s'agit pas d'une notion transversale du droit, liant de façon indéfectible sa définition en droit de l'exécution judiciaire du droit de l'Union. Force est de constater, en effet, que le critère de l'équivalence est spécifique au domaine de notre étude, quand bien même ça et là on en retrouve la trace[533]. Ainsi, il n'est pas choquant de voir prospérer une définition particulière de l'équivalence, propre à notre domaine du droit de l'Union, tout comme une définition particulière existe déjà dans d'autres disciplines. Par exemple, l'équivalence en géométrie, signale la présence de deux figures « qui ont la même surface, sans être superposables »[534]. Après tout, « le mot, qu'on le sache, est un être vivant »[535]. À l'inverse, la dénomination parfois utilisée de non discrimination nous paraît avoir des effets plus sévères. Parce qu'elle est commune à nombre de disciplines, et qu'en droit elle porte un dénominateur commun qui est cette discrimination aussi bien négative que positive, il ne nous semble pas opportun de l'utiliser en lieu et place du critère de l'équivalence. Sauf à vouloir attendre de la procédure nationale une parfaite égalité de traitement entre droit interne et européen. À ce titre, il est nécessaire de faire un constat remarquable : la totalité des arrêts dans lesquels la Cour à utilisé le terme « non discrimination » à la place du terme « équivalence », ont été rendus dans des domaines relevant de compétences fortement transférées à l'Union : la politique agricole commune[536], les fonds structurels[537], et la Communauté EURATOM[538]. Ces trois domaines ont en commun le fait que les montants perçus et versés par l'État le sont pour compte de la

---

[533] Par exemple en droit international privé, voir F. FAGES, *Théorie de l'équivalence et conflit des lois*, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 2013.
[534] D'après le Dictionnaire de l'Académie française (9ème éd.).
[535] Victor Hugo, *Les Contemplations*.
[536] *Salumi*, *op. cit.*, pt. 20 ; *Express Dairy Foods*, *op. cit.*, pt. 12 ; *Ariete*, *op. cit.*, pt. 16 ; *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pt. 7 ; *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 19 ; CJCE, 12 mai 1998, aff. C-366/95, *Steff-Houlberg*, Rec. p. I-2661, pt. 15 ; CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-298/96, *Oelmühle*, Rec. p. I-4767 pt. 24 ; CJCE, 19 septembre 2002, aff. C-336/00, *Martin Huber*, Rec. p. I-7736, pt. 55 ; CJCE, 19 juin 2003, aff. 467/01, *Eribrand*, Rec. p. I-6488, pt. 62.
[537] CJCE, 21 juin 2007, aff. C-158/06, *ROM-projecten*, Rec. p. I-5103, pt. 23 ; CJCE, 13 mars 2008, aff. jointes C-383/06 à 385/06, *Vereniging*, Rec. p. I-1563, pt. 50.
[538] CJCE, 15 janvier 2009, aff. C-281/07, *Bayerische Hypotheken*, Rec. p. I-91, pt. 24 ; CJCE, 29 janvier 2009, aff. jointes C-278/07 à C-280/07, *Josef Volding Schalt*, Rec. p. I-457, pt. 26. Il faut relever toutefois que dans l'arrêt CJCE, 10 avril 2008, aff. C-309/06, *Marks & Spencer (II)*, Rec. p. I-2283, pt. 63, la Cour fait référence à cette non discrimination, alors que le domaine dont il s'agit est le système de TVA communautaire. Nous expliquons cette exception par le fait que la Cour cite directement les conclusions de l'avocat général, en toute fin de l'arrêt, sans en tirer de conséquences. Nous nous permettons donc de relativiser cette incursion sur le terrain de la fiscalité indirecte.

Communauté. Est-ce à dire que la Cour exigerait en ces matières une équivalence à double sens ? Malheureusement, dans toutes les affaires concernées, la Cour n'a jamais statué sur le respect ou la violation de ce principe de non discrimination, laissant au juge national le soin de procéder lui-même à l'analyse. Au demeurant, avancer des raisons qui auraient pu expliquer ce changement de terminologie apparaît hasardeux.

194. Nous retenons donc le caractère partiel de l'interdiction de discrimination, en ce qu'elle ne s'applique que pour le droit de l'Union, qui ne doit pas être discriminé par le droit procédural national, face à un droit subjectif interne semblable. Rien n'interdit, dans la formule donnée par la Cour – ces règles ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne – de discriminer un droit national subjectif par rapport à un droit subjectif de l'Union semblable.

2. La possibilité d'un traitement plus favorable

195. Il revient ainsi aux États membres d'accorder un traitement égalitaire du droit de l'Union, par référence au droit national. Cette obligation n'est que minimale, car le droit de l'Union peut nécessiter un traitement plus favorable.

196. De façon positive, il ressort de ce critère que, lorsqu'il est saisi par un justiciable invoquant un droit issu de l'ordre juridique de l'Union, le juge national doit appliquer des modalités procédurales de recours qui sont au moins aussi favorables que celles qu'il applique habituellement face à un droit issu de l'ordre juridique national similaire. La Cour estime ainsi que l'obligation négative visant à interdire une modalité moins favorable, revient à poser son pendant positif, qui « *requiert que l'ensemble des règles applicables aux recours s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne* »[539]. Par exemple, une modalité procédurale autrichienne soumet à un délai de prescription de trois ans les demandes de paiement des indemnités spéciales d'ancienneté pour des professeurs ayant effectué un certain nombre d'années de service dans des universités. Ces universités peuvent être aussi bien en Autriche que dans les autres États membres de l'Union. Si le professeur qui réclame l'indemnité avait fait sa carrière dans les seules universités autrichiennes, sans donc user de sa liberté de circulation que lui confère le droit de l'Union, c'est le droit national qui se serait appliqué. Dans ces conditions, le délai de prescription pour effectuer la demande sur le fondement du droit national aurait été de trois ans. De même, si le professeur avait effectué une partie de son service dans des universités

[539] CJUE, 29 janvier 2013, aff. C-396/11, *Radu*, Rec. num., pt. 86.

situées dans d'autres États membres, sa situation serait tombée dans le champ d'application du droit de l'Union, et le délai de prescription pour demander son indemnité spéciale d'ancienneté aurait aussi été, selon le droit procédural national, de trois ans. Ainsi, qu'il fasse sa réclamation sur le fondement du droit national ou de celui du droit de l'Union, le professeur se voit appliquer le même délai de prescription, la même modalité procédurale[540].

197. En cas de contrariété de la modalité procédurale avec le critère d'équivalence, la Cour de justice s'autorise donc à intervenir en mettant à la charge du juge de renvoi une obligation positive. Les cas sont fréquents, et l'un d'eux peut-être aisément expliqué afin d'illustrer le propos. Il s'agit de l'affaire *Asbeek Brusse*[541], dans laquelle un juge des Pays-Bas demandait à la Cour de préciser l'étendue de ses pouvoirs au regard de la directive 93/13 sur les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Dirk Frederik Asbeek Brusse et Katarina de Man Garabito avaient loué, pour un usage privé, un bien immeuble dans la commune hollandaise d'Alkmaar, à une trentaine de kilomètres au nord d'Amsterdam. Après plusieurs mois de loyers impayés, la société de location a assigné le couple en demande de résiliation du bail et de paiement de presque 14 000 euros, dont les deux tiers constituent des pénalités prévues par le contrat de bail. En appel, le juge sursoit à statuer et pose plusieurs questions à la Cour de justice de l'Union européenne. Les règles de transposition en droit national de la directive 93/13 — ici, son article 6 sur les effets de la constatation d'une clause abusive[542] — sont-elles équivalentes à des règles d'ordre public en droit interne ? Le juge de renvoi doit-il annuler la clause litigieuse du contrat ? Peut-il se limiter à réviser cette clause sans l'annuler ? Nous retiendrons ici la question de l'obligation d'annulation d'une clause contractuelle abusive. Après avoir effectué un renvoi explicite au critère d'équivalence, et par conséquent à l'obligation négative qu'il implique[543], les juges du Plateau du Kirchberg investissent le juge hollandais de cette tâche : « *dès lors que le juge national a le pouvoir, selon*

---

[540] Voir l'arrêt CJUE, 15 avril 2010, aff. C-542/08, *Barth*, Rec. p. I-3189, dont les faits sont ici tirés. Ce versant positif du principe de l'équivalence a été tôt aperçu dans la jurisprudence de la Cour, lorsqu'elle énonce que « *la seule exigence qui doit être formulée à cet égard du point de vue du droit communautaire consiste en ce que les autorités nationales procèdent, en la matière, avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre de législations nationales correspondantes* », dans l'arrêt CJCE, 12 juin 1980, aff. 119/79, *Lippische*, Rec. p. 1863, pt. 8.

[541] *Asbeek Brusse*, *op. cit.*

[542] « Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives ».

[543] *Asbeek Brusse*, *op. cit.*, pt. 51, où la Cour renvoie aux points 43 et 44 de l'arrêt rappelant les obligations découlant de l'exigence d'équivalence.

les règles de procédure internes, d'annuler d'office une clause contraire à l'ordre public ou à une disposition légale contraignante dont la portée justifie cette sanction, ce qui, selon les indications fournies dans la décision de renvoi, est le cas dans le système juridictionnel néerlandais propre au juge statuant en appel, il doit également annuler d'office une clause contractuelle dont il a constaté le caractère abusif au regard des critères édictés par la directive »[544]. Il découle ainsi de l'interdiction de traiter moins favorablement le droit de l'Union, l'obligation de le traiter de la même manière que le droit national.

198. Si donc le droit procédural national ne doit pas traiter le droit de l'Union *moins favorablement* qu'il ne traite ne droit national, il peut donc le traiter *plus favorablement*. Nous ne connaissons pas d'exemple de traitement plus favorable à l'initiative d'un État membre. Cependant, la procédure du relevé d'office fournit des exemples de traitement plus favorable du droit de l'Union imposé par la Cour de justice.

199. L'arrêt *Asturcom*, qui est un des premiers arrêts dans le domaine de la protection des consommateurs à appliquer les critères d'équivalence et d'effectivité[545], impose en effet au juge national de relever d'office la contrariété entre une clause abusive contenue dans un contrat conclu avec un consommateur et la directive 93/13. Il s'agissait ici d'une sentence arbitrale dont l'exécution forcée était demandée au juge de première instance de Bilbao, Madame Nogueira ne s'étant pas acquittée de la somme de 669 euros imposée par le tribunal arbitral pour ne pas avoir payé une série de factures téléphoniques. En droit espagnol, la loi 60/2003 sur la procédure d'arbitrage donne la possibilité au juge d'annuler une sentence arbitrale devenue définitive seulement si le demandeur prouve une contrariété de la sentence à l'ordre public. Pour la Cour de justice, l'article 6 de la directive 93/13 doit être considéré comme équivalant à une norme d'ordre public en droit espagnol, « *étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public* »[546] de la protection qu'elle assure. Elle en tire la conséquence que le juge de première instance de Bilbao doit relever d'office la contrariété avec la directive d'une clause contenue dans le contrat de Madame Nogueira. Et de préciser ensuite qu'une « *telle obligation incombe également au juge national lorsqu'il dispose, dans le cadre du système juridictionnel interne, d'une simple faculté d'apprécier d'office la contrariété entre une telle clause et les*

---

[544] *Ibid.*, pt. 11.
[545] Les arrêts précédents, au nombre desquels peuvent être cités les arrêts *Océano Grupo*, *op. cit.* ; et *Cofidis SA*, *op. cit.*, mettent en oeuvre un raisonnement déductif qui ne fait pas appel aux principes classiques d'encadrement.
[546] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 52. Voir, pour un exemple précédent, l'arrêt *Mostaza Claro*, *op. cit.*, pts 36-38.

règles nationales d'ordre public »[547]. La *possibilité* en droit interne se mue alors de façon spectaculaire en *obligation* en droit communautaire.

200. L'exemple que nous venons de donner montre assez nettement le caractère partiel du critère d'équivalence. Il ne joue que dans l'interstice se situant entre le standard de protection appliqué au droit national et celui appliqué au droit de l'Union, et non entre le standard du droit de l'Union et du droit national. L'obligation qu'a le juge national, dans le cadre du respect de l'équivalence, de prendre « *pleinement* » en considération « *l'intérêt de la Communauté* », quitte à aller au-delà de ce que le droit national prévoit, est encore une autre illustration du déséquilibre voulu par la non-discrimination[548]. En procédant de la sorte, la Cour confirme que la non discrimination a sa propre définition en matière de compétence procédurale, qu'elle n'a d'effet que lorsque le droit de l'Union est discriminé, et qu'elle est neutralisée lorsqu'il convient de discriminer le droit national. Le critère d'équivalence tel qu'il est développé dans la jurisprudence relative à la compétence procédurale des États membres de l'Union européenne confine à une hémiplégie de la non discrimination : erreur en deçà, vérité au-delà.

201. Le plus déroutant sans doute est le fait que ce soit le critère d'équivalence, et non le critère d'effectivité qui requière dans ces cas-là une protection juridique plus étendue que celle offerte par le droit national. C'est dans ce cadre que la Cour raisonne en effet dans l'arrêt *Van Schijndel*, en se fondant sur le principe de coopération loyale contenu dans le traité[549]. Néanmoins, dans une affaire aux implications constitutionnelles et qui se situe dans le sillage de la saga *Melki* qui avait vu le caractère prioritaire de la question de constitutionalité posée au Conseil constitutionnel français, sérieusement remis en question par la Cour de justice[550] , la Cour de justice a dû se prononcer sur les conséquences, en Autriche, du respect du critère d'équivalence par la Cour constitutionnelle[551]. La bonne volonté du juge suprême autrichien l'avait en effet poussé à imposer au juge national, lorsqu'il s'interroge sur la compatibilité d'une disposition législative interne avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de le saisir afin que cette loi puisse être éventuellement annulée. Une telle obligation incombant en effet au juge national face à une disposition de la Constitution autrichienne, le respect du

---

[547] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 54. Cette règle avait déjà été dégagée pour la première fois en matière de concurrence dans l'affaire *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 14 ; puis dans les arrêts *Kempter*, *op. cit.*, pt. 45, en matière de répétition de l'indu ; et CJCE, 24 octobre 1996, aff. C-72/95, *Kraaijeveld*, Rec. p. I-5403, pt. 58.

[548] En matière de répétition d'aides communautaires illégalement perçues, voir l'arrêt *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 32.

[549] *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 14.

[550] *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *op. cit.*

[551] CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-112/13, *A contre B*, n. e. p.

critère d'équivalence impose alors un traitement identique lorsqu'il s'agit de se fonder sur le droit de l'Union. Or, en vertu de cette mise en conformité avec le critère d'équivalence, le juge du fond ne peut plus laisser inappliquée de sa propre autorité la disposition législative contraire à la Charte, ainsi qu'il devrait pourtant le faire sur le fondement de la jurisprudence *Simmenthal*[552]. Constatant une contrariété avec le critère d'effectivité du droit de l'Union, la Cour de justice estime alors qu'il convient pour le juge national de pouvoir continuer à jouer des pouvoirs induits par la jurisprudence *Simmenthal*, malgré la position de la Cour constitutionnelle autrichienne[553].

202. Préciser l'obligation positive qui découle de l'interdiction de distinguer le droit national du droit de l'Union similaire peut avoir son utilité, au-delà du simple souci de complétude de l'exposé : cela permet de mieux souligner les potentielles interventions du juge européen dans le droit interne, interventions qui ont pu parfois être détaillées à profusion[554]. Pour un juriste, ensuite, se pose la question de la légitimité de cette intervention.

---

[552] *Ibid.*, pt. 40 ; voir l'arrêt fondateur *Simmenthal*, *op. cit.*, pt. 24, de même que sa réitération dans l'arrêt *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *op. cit.*, pt. 53.

[553] *A contre B*, *op. cit.*, pt. 44. La Cour écrit que « *lorsque le droit de l'Union accorde aux États membres une marge d'appréciation dans le cadre de la mise en œuvre d'un acte du droit de l'Union, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution nationale, pourvu que l'application des standards nationaux de protection des droits fondamentaux ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* ».

[554] Nous verrons plus loin (ci-dessous B-1) le détail minutieux apporté aux obligations du juge national, dans des affaires telles que les arrêts *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pts 45-59 ; ou *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.*, pts 31-46.

B. Une appréciation en deux temps

203. La mise en œuvre du critère d'équivalence requiert l'accomplissement de deux tâches, s'apparentant à une « double démarche »[555], érigée en véritable méthodologie communautaire. La première consiste à rechercher en droit interne un droit matériel similaire au droit matériel de l'Union invoqué à l'instance au principal (1). La seconde étape consiste à vérifier si, en présence de deux dispositions matérielles nationale et de l'Union européenne de nature similaire, la règle de procédure qui s'applique ne traite pas celle issue du droit de l'Union d'une manière moins favorable[556] (2).

1. La nécessaire présence d'un droit matériel interne similaire

204. À la recherche d'un droit interne similaire, la Cour utilise plusieurs critères qui varient quelque peu d'un arrêt à l'autre. *Objet*, *cause*, et *éléments essentiels* sont alors comme trois indices censés guider la Cour et les juridictions internes (a), étant entendu qu'en l'absence d'un droit interne similaire, le critère d'équivalence ne peut être enfreint (b).

a. Les critères de la comparaison des droits

205. Malgré son caractère tronqué, l'interdiction de la discrimination propre au critère de l'équivalence conserve pour une part son paradigme originel : à situation identique, traitement identique. Cette situation identique doit être recherchée, dans le cas spécifique de la compétence procédurale, dans la similitude du droit subjectif que le justiciable tire du droit de l'Union, avec un droit subjectif qu'il pourrait tirer du droit interne. Dès lors que la disposition européenne invoquée est connue, il faut donc rechercher son pendant national. Cette quête de la similitude ne doit être faite à la légère, en trouvant en droit interne un droit simplement comparable. Dans ses conclusions dans l'affaire *Palmisani*, l'avocat général Cosmas présente de façon particulièrement claire le fonctionnement de l'équivalence. Il insiste à cet égard sur la rigueur nécessaire dans la recherche d'un droit similaire en droit interne. Il faut ainsi « comparer un droit à un droit similaire, une règle procédurale à une règle procédurale similaire et une procédure à une procédure similaire ; il ne peut s'agir de comparer des droits hétéroclites ou des règles considérées indépendamment de la procédure correspondante ou relevant de

---

[555] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, p. 79.

[556] Ce contrôle s'apparente à un « double test », pour reprendre l'expression née en matière de libre circulation des marchandises de l'arrêt *Keck et Mithouard*, *op. cit.*, pt. 16. Voir le rappel des critères par P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, p. 79.

procédures différentes, les uns, par exemple, de procédures administratives, les autres de procédures judiciaires »[557]. Pour ce faire, il faut être en mesure, lorsqu'on est en présence d'une disposition matérielle du droit de l'Union, d'identifier une éventuelle norme contenue dans le droit national qui serait de nature similaire. Afin de permettre au juge de renvoi de procéder à une appréciation de la similitude entre deux droits matériels, l'un issu du droit national, et l'autre issu du droit de l'Union, la Cour a fait savoir que cette analyse doit s'apprécier en comparant l'objet et la cause de ces deux droits. Dans le texte, la Cour déclare que « *le respect du principe d'équivalence suppose que la règle nationale en cause s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne ayant un objet et une cause semblables* »[558].

206. C'est dans l'arrêt *Levez* du 1er décembre 1998 que la Cour a posé pour la première fois ces critères de l'objet et de la cause des droits prétendument similaires. La question préjudicielle avait été posée par l'Employment Appeal Tribunal de Londres, pour l'interprétation de l'article 143 TFUE (ex article 141 CE) relatif à l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, et de la directive 75/117/CE prise pour son application[559]. Le juge de renvoi faisait face à une situation dans laquelle un « travailleur féminin », selon l'expression du traité, en l'espèce madame Levez, avait remplacé un « travailleur masculin » à un emploi de gérant au sein d'une agence de paris hippiques. Or, pour ce même travail, l'homme avait été rémunéré 11 400 livres sterlings, et la femme était, elle, rémunérée 10 000, puis 10 800, et enfin 11 400 livres, un an avant son départ. L'Industrial Tribunal de Londres, en première instance, a condamné l'entreprise à lui payer les arriérés de salaires dus au moment où Madame Levez a intégré l'entreprise, afin de rétablir l'égalité de rémunération, conformément à l'Equal Pay Act de 1970, et à l'article 143 TFUE. Or, la société qui employait Madame Levez relève que cette loi britannique limite la rétroactivité d'une telle demande à deux ans à partir de la date d'introduction de la demande[560]. Le juge d'appel ainsi saisi, deux questions sont transmises à la Cour de justice. Par la première, que nous ne traiterons pas ici, la Cour conclut à la contrariété au droit de l'Union de la règle limitative de rétroactivité, eu égard aux spécificités du cas

---

[557] Conclusions présentées par l'avocat général Cosmas le 23 janvier 1997 dans l'affaire *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 27. Voir le commentaire fait par P. DIBOUT, « La restitution des taxes perçues en violation d'une directive communautaire et la prescription », *Revue de droit fiscal*, 1998, n° 11, p. 353.
[558] *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 45.
[559] Directive 75/117/CE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *JOCE*, L 45, p. 19.
[560] Article 2, paragraphe 5 de l'Equality Pay Act, tel qu'en vigueur à cette époque.

d'espèce[561]. La seconde question nous intéresse plus pour notre démonstration. Le juge de renvoi est en effet bien embêté : les modalités de recours pour l'invocation de l'Equality Pay Act, qui met en œuvre l'article 143 TFUE, sont les mêmes que lors de l'invocation directe de l'article 143 TFUE. Par ailleurs, ces modalités procédurales sont moins favorables que celles qui s'appliqueraient si le requérant alléguait par exemple une discrimination dans la rémunération fondée sur la race, ou une discrimination fondée sur le sexe en dehors des questions de rémunération.

207. Ainsi, afin d'apprécier la conformité de la procédure avec le critère de l'équivalence, il faut déterminer quel est le droit matériel interne qui peut être considéré comme similaire à l'Equality Payment Act. C'est ici que le double test de l'objet et de la cause, qui doivent être semblables, doit être appliqué par le juge interne. La Cour fournit quelques pistes. Tout d'abord, elle estime que le recours sur le fondement de l'article 143 TFUE ne peut pas être considéré comme comparable au recours sur le fondement de l'Equality Payment Act : le second est la mise en œuvre du premier, si bien qu'il s'agit en fait d'un seul et même droit matériel, issu du droit de l'Union[562]. Cela peut aisément se comprendre, la *similarité* des deux droits ne signifiant pas leur *confusion*. Pour comparer, il faut au moins deux éléments. Or ici, comparer le recours pour l'Equality Payment Act avec le recours pour l'article 143 TFUE reviendrait à comparer le recours pour l'article 143 TFUE avec lui-même. Il faut donc trouver d'autres dispositions internes qui pourraient, tout en se différenciant du recours en cause dans cette affaire, être considérées comme similaire, eu égard à leur objet et à leur cause.

208. C'est ici qu'interviennent les autres recours évoqués par le tribunal d'appel londonien, ayant ou non un rapport avec la rémunération[563]. Cependant, les juges suprêmes se gardent de désigner les recours mentionnés par le juge de renvoi comme étant similaires au recours sur le fondement de l'Equality Payment Act. Cette tâche revient à l'Employment Appeal Tribunal[564]. Par ailleurs, si la Cour a posé les critères de la similitude de l'objet et de la cause dans l'énoncé de la méthodologie du traitement du critère de l'équivalence, elle n'y a plus fait référence

---

[561] *Belinda S. Levez*, *op. cit.*, pt. 33. La limitation de la rétroactivité « n'est pas, en soi, critiquable » (pt. 20), mais le fait que l'employeur avait délibérément caché à Madame Levez le montant de la rémunération de son prédécesseur rend cette règle procédurale contraire au principe d'effectivité (pt. 32).

[562] *Ibid.*, pts 47-48.

[563] Il s'agit, pour être exact, « *des demandes liées à l'inexécution des obligations découlant du contrat de travail, [d']une discrimination sur la rémunération en raison de la race, [d']une retenue illicite sur salaires ou [d']une discrimination fondée sur le sexe dans des domaines autres que la rémunération* » : *Ibid.*, pt. 16.

[564] *Ibid.*, pt. 50.

lorsqu'elle a effectivement recherché si le recours fondé sur l'Equality Payment Act était similaire au recours fondé sur l'article 143 TFUE. On pourrait alors douter que la méthode qu'elle a annoncée s'applique bien dans les termes que nous avons avancés. La Cour n'a cependant pas manqué de rappeler ultérieurement qu'objet et cause des recours servent de critère de comparaison[565].

209. L'incertitude est pourtant là. L'arrêt *Transportes Urbanos* du 26 janvier 2010 détaille lui aussi le raisonnement à suivre pour apprécier si deux droits peuvent être considérés comme semblables[566]. Toutefois, ce contrôle ne se fait pas sur la base de l'objet et de la cause des actions. Sur les faits précédant l'affaire telle que portée devant la Cour, il faut mentionner un arrêt en constatation de manquement que la Cour a rendu à l'encontre de l'Espagne, lui reprochant alors d'avoir limité la déductibilité de la TVA, au mépris des dispositions de la sixième directive. La société Transportes Urbanos, qui avait droit au remboursement de la TVA indue au titre de l'arrêt en manquement, a introduit un recours juridictionnel pour faire jouer la responsabilité de l'État qui, du fait de la forclusion, a été rejeté. Le Conseil des Ministres ayant reçu le recours de la société en contestation de ce jugement, rejeta la demande car les recours en responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union européenne étaient soumis à la règle de l'épuisement préalable des voies de recours. Le nœud du problème se situe alors dans le fait que cette règle de l'épuisement préalable n'existe pas lorsque la demande de reconnaissance de responsabilité est fondée sur une violation de la Constitution. Transportes Urbanos saisit alors le Tribunal Supremo, qui est à l'origine de la question préjudicielle. Il est demandé à la Cour si une règle telle que celle exigeant l'épuisement des voies de recours est contraire au droit de l'Union. Or, sur le critère de l'équivalence, ce n'est pas au regard de l'objet et de la cause qu'il faut analyser les deux actions, mais des critères de l'objet et des éléments essentiels[567].

210. L'objet des deux recours, en premier lieu, est le même. En effet, ils visent aussi bien l'un que l'autre l'indemnisation du préjudice subi par la personne lésée du fait d'un acte ou d'une omission de l'État, ou d'une violation par lui du droit de l'Union. Les éléments essentiels, en second lieu, sont tout aussi comparables. Une seule distinction entre les deux procédures existe : l'une exige l'épuisement préalable des voies de recours contre l'acte dommageable contraire au droit de l'Union, mais pas contre l'acte contraire à la Constitution. Cependant, la

---

[565] *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 45 ; *Susanne Bulicke*, *op. cit.*, pt. 26 ; *Francisco Javier Rosado Santana*, *op. cit.*, pt. 90 ; CJUE, 19 juillet 2012, aff. C-591/10, *Littlewoods Retail Ltd*, Rec. num., pt. 31.
[566] *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.*
[567] *Ibid.*, pt. 35.

Cour considère que cette seule distinction ne suffit pas à considérer que ces deux procédures ne sont pas équivalentes. Il y a donc équivalence des droits matériels[568].

211. Quelle est donc, en définitive, la méthode que la Cour préconise pour s'assurer que deux procédures sont équivalentes ? Si dans certains cas il faut rechercher la similarité de l'*objet* et des *éléments essentiels* des recours pour déterminer si le juge est en présence ou non de deux normes équivalentes[569], dans les cas qui ont suivi l'arrêt *Virginie Pontin* en 2009, la Cour a ajouté le critère de la *cause* à la liste de ceux à prendre en compte[570]. Les critères ne sont donc pas stables.

212. Malgré tout, il est rare que la Cour procède elle-même à ce travail de comparaison. En réalité, cette analyse est majoritairement effectuée par le juge de renvoi en amont de la question préjudicielle. Concrètement, lorsqu'il pose sa question à la Cour de justice, il a déjà repéré dans son droit interne un recours similaire, raison pour laquelle il nous est donc impossible de savoir s'il a utilisé les critères de la similitude de l'objet et de la cause. Ainsi dans l'affaire *Club Hotel Loutraki* du 6 mai 2010, la Cour s'en remet-elle au « *précisions fournies par la juridiction de renvoi* », qui considère comme similaires aux recours contre les actes administratifs en matière de marchés publics relevant du droit de l'Union, les recours contre les actes administratifs relevant du droit interne en général[571].

b. La remise en question du critère en l'absence d'un droit équivalent

213. Il découle de cette jurisprudence que, selon toute logique, dès lors qu'aucun droit interne similaire n'a été identifié, le critère d'équivalence ne peut être enfreint, car il n'y a pas de comparaison possible. Le recours sur le fondement du droit de l'Union existe donc seul, et ne peut être comparé. La Cour a saisi cet état de fait dans l'arrêt *Raffaelo Visciano*[572]. Dans cette affaire, un ancien salarié d'une entreprise, ayant été mise en liquidation administrative, n'avait pas reçu la totalité de ce qui lui était dû au titre de la directive 80/987 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. Ce texte prévoit la création d'un fonds par les États membres destiné à verser aux personnes licenciées les créances impayées.

---

[568] *Ibid.*, pt. 45.
[569] *Preston e.a.*, *op. cit.*, pt. 49 ; *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.*, pt. 35 ; *Barth*, *op. cit.*, pt. 20 ; *Susanne Bulicke*, *op. cit.*, pt. 28.
[570] *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 45 ; *Francisco Javier Rosado Santana*, *op. cit.*, pt. 90 ; *Littlewoods Retail Ltd*, *op. cit.*, pt. 31.
[571] CJUE, 6 mai 2010, aff. jointes C-145/08 et C-149/08, *Club Hotel Loutraki*, Rec. p. I-04165, pts 75-76.
[572] *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*

Par le jeu de prescriptions prévues par le droit national, Monsieur Visciano avait alors reçu du fonds italien une somme inférieure à celle à laquelle il croyait prétendre. Cette prescription éteignant la possibilité d'une partie de la restitution n'est prévue en droit interne que pour les demandes effectuées auprès du fonds d'aide. Le juge de renvoi semble dire alors que si le travailleur avait effectué une demande en paiement d'une créance directement auprès de l'employeur, et non auprès du fonds prévu par le droit de l'Union, le délai de prescription n'aurait pas été interrompu au même moment[573]. L'enjeu est donc ici de savoir si les deux droits auxquels peut prétendre M. Visciano sont semblables, et donc comparables. On aurait alors pu s'attendre à ce que la Cour de justice procède à une analyse de l'objet et de la cause des deux droits. Or, non seulement il n'en est rien, mais c'est par une affirmation succincte qu'elle écarte la comparabilité des deux fondements :

> « *S'agissant du principe d'équivalence, il convient d'emblée de relever que la demande en paiement de rémunérations impayées du travailleur salarié vis-à-vis du Fonds et celle d'un tel travailleur à l'encontre de l'employeur en état d'insolvabilité ne sont pas semblables […]. Par suite, l'existence de régimes de délais de prescription différents ne porte pas atteinte au principe d'équivalence* »[574].

214. En l'espèce, le juge national, qui est pourtant « *le seul à avoir une connaissance directe des modalités de recours dans le domaine du droit interne* »[575], n'a pas son mot à dire dans l'appréciation de la similitude entre les deux droits. La Cour se garde bien, d'ailleurs, de faire un quelconque renvoi au juge interne — habituel pour l'application du critère d'équivalence — à qui il reviendrait d'apprécier si l'analyse proposée par la Cour de justice est valable en l'espèce. Il en va de même lorsque la Cour a estimé que l'État membre n'était pas contraint de prévoir un régime de réparation de dommages causés par des mesures nationales propres au cas d'espèce[576], et que si d'aventure l'État membre mettait en place un tel régime, il ne serait pas

---

[573] *Ibid.*, pt. 40.
[574] *Ibid.*, pts 41-42.
[575] Voir par exemple l'arrêt *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 45 ; *Francisco Javier Rosado Santana*, *op. cit.*, pt. 90 ; ou encore *Littlewoods Retail Ltd*, *op. cit.*, pt. 31. Le professeur A. BARAV rappelle utilement que la Cour « ne connaît ni les faits, ni les parties au litige pendant devant le juge national ». Ainsi, *in fine*, c'est au juge national « qu'il incombe d'appliquer les dispositions du droit communautaire au cas d'espèce », *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 1-2.
[576] Il s'agissait en l'espèce de mesures nationales de lutte contre l'épidémie d'influenza aviaire, adoptées sur la base de deux décisions de la Commission : CJUE, 22 mai 2014, aff. C-56/13, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, n. e. p., pt. 50.

obligé de l'aligner sur celui qu'il applique sur le fondement du droit de l'Union, étant donné que ce dernier ne serait pas applicable[577].

215. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le meilleur moyen pour franchir le cap du critère de l'équivalence est de démontrer, pour les parties à l'instance, que le droit matériel de l'Union n'a pas d'équivalent en droit interne. Cette démonstration peut se faire en aval devant le juge de renvoi qui formule la question préjudicielle, lorsque l'incident de procédure est suggéré par une partie ; elle peut se faire également lors des débats devant la Cour de justice. Au demeurant, il est arrivé à de nombreuses reprises que ni le juge de renvoi ni la Cour ne trouvent aucun droit semblable en droit interne qui aurait pu être présenté comme un élément de comparaison et d'analyse du respect de l'équivalence[578]. Cette neutralisation du critère explique notamment la place minoritaire qu'il occupe dans la jurisprudence de la Cour de justice, au profit du critère d'effectivité[579].

2. La recherche d'un traitement équivalent des deux droits

216. Cette opération, à l'inverse de la précédente, ne pose pas de problème particulier. La Cour passe en général rapidement sur cette question. En effet, une fois que le droit de l'Union invoqué a trouvé son équivalent en droit interne, il suffit de comparer leurs recours respectifs. Cette opération est des plus simples, et il suffit à la Cour de constater la similitude des modalités procédurales[580]. Un tel exercice apparaît dans l'arrêt *Agrokonsulting* du 27 juin 2013. Après avoir recherché des points 39 à 45 un recours fondé sur un droit interne pouvant être considéré comme similaire à celui fondé sur le droit de l'Union, la Cour, ayant potentiellement trouvé son graal déclare : « *le Direktor et le gouvernement bulgare ont indiqué, lors de l'audience devant*

---

[577] *Ibid.*, pt. 63.

[578] Voir par exemple l'arrêt *Schenker*, *op. cit.*, où la loi autrichienne ne comporte pas de disposition relative à la procédure de clémence pour les violations du droit autrichien de la concurrence. De manière générale, les procédures relatives au sursis à statuer permettant de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ne trouvent pas d'équivalent en droit interne, eu égard à la spécificité du mécanisme face aux questions préjudicielles existant en droit interne (par exemple entre ordres de juridiction). Ceci explique, bien que partiellement, l'absence du principe de l'équivalence dans les arrêts relatifs aux pouvoirs et obligations du juge interne en matière de question préjudicielle de l'article 234 TFUE, dont par exemple les arrêts, pour ne citer qu'eux, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *op. cit.* ; *3M Italia*, *op. cit.* ; et *Jeremy F.*, *op. cit.*

[579] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, pp. 79-80.

[580] Ceci est particulièrement évident en ce qui concerne les délais de forclusion : « *il ne ressort pas des éléments fournis à la Cour que le délai de forclusion de deux mois en cause au principal soit contraire au principe d'équivalence. [...] ce délai constitue le délai de droit commun prévu pour l'ensemble des recours formés à l'encontre des actes administratifs ou des dispositions de ceux-ci* », *Francisco Javier Rosado Santana*, *op. cit.*, pt. 91.

la Cour, que les recours relatifs à ces derniers paiements sont également soumis à la règle de compétence territoriale générale prévue à l'article 133, paragraphe 1, de l'APK »[581]. Pour être plus clair, la Cour mentionne le fait que la règle de compétence territoriale litigieuse, qui s'applique pour les recours sur le fondement du droit de l'Union, s'applique aussi pour les recours sur le fondement du droit interne. Si la juridiction de renvoi confirme ce qu'avancent le Direktor et le gouvernement bulgare, alors « *il ne saurait être conclu à une méconnaissance du principe d'équivalence* »[582].

217. Le raisonnement est donc limpide, et n'appelle pas de commentaires particuliers. La Cour contrôle simplement que la disposition s'applique indifféremment aux recours, en s'assurant de l'effet miroir de la disposition. Cette frugalité dans le raisonnement, certes justifiée, reflète néanmoins aussi les limites de l'office du juge de la Cour de justice, contraint à l'interprétation du seul droit de l'Union.

II – L'évitement de l'interprétation du droit interne

218. Les arrêts rendus sur renvoi préjudiciel forment l'écrasante majorité des cas de l'exécution procédurale du droit de l'Union. Or, dans le cadre de l'article 267 TFUE, la Cour n'a pas le pouvoir d'interpréter le droit interne. Ainsi, en dehors des situations, qui sont la majorité, où la Cour se désintéresse du respect du critère d'équivalence (A), lorsque la Cour interprète ponctuellement ce critère, elle prend toutes les précautions nécessaires pour ne pas paraître se substituer au juge de renvoi (B).

A. Un désintérêt général

219. Le désintérêt relatif de la Cour de justice pour le critère d'équivalence est une conséquence de ses compétences limitées dans le cadre de la procédure préjudicielle (1), et se traduit verbalement par trois types de formules dans la réponse donnée au juge national (2).

1. Des compétences préjudicielles limitatives

220. Le désintérêt de la Cour pour l'équivalence est une conséquence inévitable de la structure du système juridictionnel de l'Union européenne : les juges siégeant à la Cour de justice sise à Luxembourg, issus de vingt-huit ordres juridiques différents, n'ont qu'une connaissance partielle du système juridictionnel auquel appartient le juge qui leur pose une

[581] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 46.
[582] *Ibid.*, pt. 47.

question préjudicielle. De plus, le mécanisme propre au renvoi préjudiciel, incident de procédure, fait que la Cour n'est pas juge de plein contentieux dans ce recours[583], et qu'elle ne dispose donc pas de tous les éléments de fait et de droit qui lui permettraient de trancher le litige. Formellement, elle n'a d'ailleurs pas à trancher le litige[584]. Son office consiste seulement à interpréter le droit de l'Union, dans le cadre du renvoi préjudiciel comme prévu à l'article 267 a), mais aussi dans le cadre d'un arrêt en constatation de manquement[585], même si dans ce dernier cas s'ajoute une « autorité de manquement constaté »[586]. Dans ces conditions, la juridiction de renvoi « est la seule à disposer des connaissances procédurales internes nécessaires » pour apprécier le respect du critère d'équivalence[587]. Par conséquent, l'application du critère d'équivalence relève très largement de sa responsabilité[588]. Ainsi, dans nombre d'arrêts dans lesquels la Cour annonce les exigences d'équivalence et d'effectivité, seule l'effectivité est traitée.

2. Un désintérêt trois fois formulé

221. Une fois écartés les cas dans lesquels aucun recours équivalent ne peut être trouvé en droit interne, il reste un certain nombre d'affaires dans lesquelles on peut distinguer trois situation : la Cour ne répond pas au juge interne, elle lui renvoi le soin de répondre, ou elle formule une présomption de conformité à l'équivalence.

222. Premièrement, la Cour ne répond pas[589]. Dans la plupart de ces cas, le respect de l'équivalence n'a pas posé de problème lors des débats devant la Cour, si bien qu'il faudrait que les juges sortent du périmètre de la contestation pour traiter le problème, ce qu'ils ne sauraient faire étant donné leur fidélité à la question telle que posée par le juge interne.

223. Deuxièmement, elle renvoie immédiatement au juge interne en lui demandant de répondre par lui-même[590]. Dans ce cas, la Cour dit alors que « *il appartient à la juridiction nationale, qui est seule à avoir une connaissance directe des modalités procédurales des*

---

[583] H. RASMUSSEN, « Why is Article 173 Interpreted against Private Plaintiffs? », *ELR*, 1980, p. 123.
[584] D. SIMON, *Contentieux de l'Union européenne*, t. 3, Lamy, 2011, p. 97.
[585] Voir, pour une réflexion sur les rapports entre la Cour et les juridictions nationales dans le cadre de ces recours : E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTD eur.*, 2007, p. 427 et suiv.
[586] D. SIMON, « Recours juridictionnels – effet des arrêts de manquement », *JCl. Europe*, Fasc. 381, 2011, pt. 27.
[587] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, p. 78.
[588] *Ibid.*, p. 79.
[589] *Belinda S. Levez*, *op. cit.*, pt. 18.
[590] *Dounias*, *op. cit.*, pt. 59.

recours dans le domaine du droit interne, d'examiner » si le critère d'équivalence est respecté[591].

224. Troisièmement, la Cour formule une présomption de conformité au critère d'équivalence, que le juge interne doit confirmer : « il y a lieu de constater qu'aucun élément du dossier soumis à la Cour ne permet de douter de la compatibilité de ces dispositions de droit allemand avec le critère d'équivalence. Il incombe toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier ce point au vu de tous les éléments de fait et de droit à sa disposition, afin d'assurer le respect de ce principe »[592]. En l'absence d'informations suffisantes, la Cour présume que le droit procédural national respecte l'équivalence, ce qu'il incombe au juge de renvoi de vérifier[593]. La Cour procède ici à un contrôle « abstrait » du critère d'équivalence, à charge pour le juge national d'effectuer un contrôle « concret », selon les mots de l'avocat général Cosmas[594].

B. Un intérêt ponctuel

225. Malgré tout, dans certaines affaires, l'insistance du problème sur le respect de l'équivalence et, par conséquent, la transmission à la Cour des éléments nécessaires pour pouvoir répondre à la question, permettent parfois à la Cour de se prononcer directement. Sur l'affaire *Transportes Urbanos* par exemple, et comme nous l'avons vu, la Cour accompagne avec force détails le juge de renvoi dans l'analyse qu'il devra *in fine* réaliser[595]. Nous savons que les cas dans lesquels la Cour de justice développe son argumentation correspondent à ceux dans lesquels le débat entre les intervenants établissait de sérieux doutes sur le respect du critère. La Cour s'efforce alors de ne pas se substituer au juge interne, et trouve un équilibre subtil entre son rôle limité à l'interprétation du seul droit de l'Union, et la nécessité de répondre à la question, nécessaire au règlement du litige[596].

226. Ainsi, exception faite de l'affaire *Transportes Urbanos*, où la nécessité de trancher le litige était criante, dans les affaires dans lesquelles la Cour s'attarde sur le respect de

---

[591] CJCE, 6 décembre 2001, aff. C-472/99, *Clean Car Autoservice*, Rec. p. I-9687, pt. 31.
[592] *Steffensen*, *op. cit.*, pt. 65.
[593] Voir aussi l'arrêt *Pelati*, *op. cit.*, pt. 24.
[594] Conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire *Palmisani / INPS*, *op. cit.*
[595] Voir I-B-1 ci-dessus, et A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 285.
[596] Le dilemme est le plus clairement exprimé par la Cour elle-même : « *Selon la jurisprudence de la Cour, s'il appartient au juge national d'apprécier la compatibilité de mesures nationales avec le droit de l'Union, en l'espèce avec le principe d'effectivité, il revient cependant à la Cour de lui fournir toute indication utile afin de résoudre le litige qui lui est soumis* », CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-284/11, *EMS-Bulgaria Transport*, Rec. num., pt. 51.

l'équivalence, elle prend soin de conclure qu'il appartient à la juridiction de renvoi de statuer sur le respect du critère. L'affaire *Virginie Pontin*, qui avait vu le critère décortiqué avec minutie, n'échappe donc pas à cette logique : après de longs développements, la Cour conclut que « *il appartient cependant à la juridiction de renvoi de vérifier* » que tout ce qui vient d'être dit correspond bien à la situation en droit interne. La Cour peut aussi prendre des précautions, en usant d'un vocabulaire prudent, et en estimant, délicatement, que « *il n'apparaît pas que les conditions* » du recours soient moins favorables, « *ce point devant toutefois faire l'objet de vérifications de la juridiction de renvoi* »[597].

227. La courte parole de la Cour dans la mise en œuvre du critère de l'équivalence témoigne d'un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas « très étendu »[598]. À l'inverse, le pouvoir reconnu au juge de renvoi, sur qui retombe finalement la responsabilité le plus souvent de l'analyse et systématiquement de la réponse, est mécaniquement plus important[599]. Il ne faut cependant pas sous-estimer l'influence des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel. Le professeur Barav les compare même à une sorte de « cassation préventive »[600]. Cette mise en garde vaut tout autant lorsque dans ce cadre la Cour invoque le critère de l'équivalence. Si elle ne peut s'exprimer que dans l'effacement, sa pudeur n'enferme pas l'équivalence dans un vœu pieux : le critère est une exigence incontournable du droit de la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union, et sa référence quasi systématique dans la jurisprudence est là pour le rappeler. Elle est là aussi pour rappeler que l'*autre* critère, le critère d'effectivité, n'est pas le seul à jouer dans la répartition de la compétence procédurale entre l'Union et ses États, d'autant plus que, lui, confère à la Cour un pouvoir discrétionnaire autrement plus important.

---

[597] CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-421/05, *City Motors Groep*, Rec. p. I-659, pt. 35.
[598] A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the Member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 284.
[599] L'étendue du pouvoir du juge de renvoi par rapport à celui de la Cour a été plusieurs fois relevé, notamment par A. ADINOLFI, *Ibid.*, p. 285.
[600] Voir l'expression utilisée par E. ARENDT, « La procédure selon l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne », *SEW*, 1965, p. 385, et reprise par A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 15.

SECTION 2 – L'effectivité : un critère soumis aux aléas

228. Le critère d'effectivité permet inévitablement la manifestation d'un pouvoir discrétionnaire important, et sa définition vague, et qui n'est pas toujours rappelée[601], renforce notre conviction dans ce sens. Les potentialités du critère d'effectivité pourraient donc être immenses. Or, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Cour de justice a limité son contrôle en donnant au critère une définition réductrice. D'une part, la double exigence « en pratique impossible » et « excessivement difficile » peut être remise en question. En effet, si la procédure interne rend la protection du justiciable en pratique impossible, alors elle est rendue *a fortiori* excessivement difficile. La seule référence à la seconde possibilité suffit à saisir les cas tombant dans la première. D'autre part, rendre *excessivement* difficile la mise en œuvre du droit de l'Union n'empêche pas l'État membre de la rendre *simplement* difficile. La question de la détermination de ce qui est excessif est alors posée. Il est constant que le terme « effectivité » est largement privilégié lorsqu'il s'agit d'encadrer l' « autonomie procédurale »[602]. Dans cette constance, la Cour est face à un choix simple : la validation ou l'invalidation de la disposition procédurale interne, toutes proportions gardées dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en interprétation. Le souci de la Cour de justice est alors d'assurer une certaine stabilité juridique dans ses réponses. Les options de la Cour sont donc binaires (I), menant à une mise en œuvre procédurale *a minima* (II).

I – Une option judiciaire binaire

229. Lorsque le juge pose une question à la Cour de justice, on peut imaginer qu'il en attend une réponse : oui ou non, la modalité procédurale nationale en cause est-elle conforme au droit de l'Union, et plus particulièrement au critère d'effectivité ? La Cour satisfait alors régulièrement à cette attente, alors même que les enjeux sont parfois colossaux, qu'ils soient juridiques ou financiers. Parfois même, la Cour ordonne, répondant au-delà du rythme binaire *conforme* / *non conforme*, par une obligation de faire ou une obligation de ne pas faire[603]. Ses formules sont alors variées non seulement lorsqu'elle répond positivement au juge de renvoi

---

[601] La procédure interne ne doit pas « rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile » l'exercice d'un droit que le justiciable tire du droit de l'Union.

[602] Il est fait utilisation du terme « efficacité » notamment dans les arrêts CJCE, 21 février 2008, aff. C-426/05, *Tele2 Telecommunication GmbH*, Rec. p. I-685 ; *Scott SA et Kimberly Clark c. Ville d'Orléans*, *op. cit.*, pt. 21.

[603] Développée par C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 278-282.

(A), mais aussi lorsqu'elle répond négativement. Dans ce second cas, il faut relever que la sécurité juridique a été grandement améliorée (B), grâce notamment aux réponses apportées depuis les années 80 qui mettent en place des prémisses.

A. Des réponses positives variées

230. Lorsqu'à l'issue de son analyse l'institution du Plateau du Kirchberg conclut à la conformité au critère d'effectivité de la procédurale nationale, la validation s'exprime de diverses manières. Un aperçu de quelques-unes de ces formules permettra au lecteur de faire connaissance avec certaines d'entre elles (nous soulignons) :

> « … *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le délai de prescription national applicable à une demande de remboursement de taxes perçues en violation de l'article 95 du traité ou d'une disposition analogue à l'article 18 de l'accord CEE/Suède commence à courir à une date antérieure à celle à laquelle ces taxes ont été supprimées* »[604].

> « … *le droit de l'Union n'interdit pas à un État membre d'opposer un délai de forclusion à une demande visant à obtenir une indemnité spéciale d'ancienneté, telle que celle en cause au principal* »[605].

> « … *il n'apparaît pas que le comportement des autorités italiennes combiné avec l'existence du délai litigieux ait abouti en l'espèce au principal, comme dans l'affaire Emmott, à priver totalement les sociétés requérantes de la possibilité de faire valoir leurs droits devant les juridictions nationales* »[606].

> « … *une disposition telle que celle en cause dans l'affaire au principal ne rend pas impossible l'exercice des droits conférés par le règlement n° 3427/89* »[607].

---

[604] CJCE, 17 juillet 1997, aff. jointes C-114/95 et C-115/95, *Texaco*, Rec. p. I-4267, pt. 49.
[605] *Barth*, *op. cit.*, pt. 35.
[606] *Ansaldo*, *op. cit.*, pt; 22.
[607] *Alonso-Pérez*, *op. cit.*, pt. 30.

« … *un délai national de forclusion de trois ans qui court à compter de la date du paiement contesté apparaît raisonnable* »[608].

231. Ces multiples façons d'exprimer une seule et même position[609] — *la mesure est conforme au principe d'effectivité* — sont le résultat de la conjonction de plusieurs facteurs. Le premier d'entre eux est la formulation de la question préjudicielle. Dans l'arrêt *Texaco* du 17 juillet 1997 que nous avons donné en premier exemple, le juge danois demandait si le droit communautaire « *s'oppose à ce que le délai de prescription national*… »[610], la Cour répondant qu'il « *ne s'oppose pas*… ». De même, dans l'arrêt *Fromme* du 6 mai 1982, le juge allemand demandait s'il était « *compatible avec le traité*… », la Cour répondant alors qu'il « *est compatible*… »[611]. On voit alors régulièrement la Cour de justice rédiger la solution de l'arrêt en reprenant quasiment les termes du juge de renvoi dans sa question préjudicielle. Il n'y a rien de surprenant à cela, quand on se rappelle que le juge national a toute latitude pour formuler sa question[612]. C'est même un élément indispensable de la liberté du juge dans le système de coopération juridictionnelle de l'article 267 TFUE. Souvent, les expressions utilisées relèvent de simples exigences rédactionnelles.

232. Ces explications valent également lorsque la Cour de justice invalide une modalité procédurale nationale contraire au critère d'effectivité.

B. Une sécurité juridique dans les réponses négatives

233. La complexification des affaires portées devant la Cour de justice (1) pose un défi à la Cour de justice en termes de sécurité juridique, qui a fini par complexifier ses réponses (2).

1. La complexification des situations en présence

234. Tout aussi nombreuses sont les formules par lesquelles la Cour estime une procédure nationale contraire au critère d'effectivité :

---

[608] CJCE, 15 septembre 1998, aff. C-231/96, *Edis*, Rec. p. I-4951, pt. 35.
[609] D'autres exemples peuvent encore être cités : *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 6 ; et *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 19, où le droit communautaire « n'interdit pas... » ; voir aussi les arrêts *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26 ; *Ariete*, *op. cit.*, pt. 16 ; et *Denkavit Italiana*, *op. cit.*, pt. 26, où le droit communautaire « n'exige pas... » ; et *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pt. 8, où la mesure nationale est « compatible » avec le principe d'effectivité.
[610] *Texaco*, *op. cit.*, pt. 44. Voir encore l'arrêt *Barth*, *op. cit.*, pt. 41, et la question préjudicielle, pt. 13.
[611] *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, respectivement pt. 3 et pt. 8.
[612] A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 2. Il faut cependant que la question porte sur l'interprétation du droit de l'Union : D. SIMON, *Contentieux de l'Union européenne*, t. 3, Lamy, 2011 p. 81.

> « … *le droit communautaire s'oppose à ce qu'un État membre soumette le remboursement de droits de douane et d'impositions contraires au droit communautaire à une condition, telle que l'absence de répercussion de ces droits ou impositions sur des tiers, dont il appartiendrait au demandeur d'apporter la preuve qu'il y est satisfait* »[613].

> « … *un principe général de droit national, selon lequel les juridictions d'un État membre devraient rejeter les demandes de remboursement de droits perçus en violation du droit communautaire, dès lors que ceux-ci ont été perçus pendant une longue période sans que ni les autorités de cet État ni les assujettis n'aient été conscients de leur illégalité, ne répond pas aux conditions [*du principe d'effectivité*] qui précédent* »[614].

235. Le pouvoir discrétionnaire se manifeste aussi bien dans la déclaration de compatibilité que de violation du critère d'effectivité. Toutefois, l'incertitude liée à la marge de décision de l'héliaste s'est réduite au fil du temps. Y a-t-il en effet une commune mesure entre une époque où l'on ne pouvait savoir si la seule existence en droit national d'une modalité procédurale était conforme aux principes du droit de l'Union, et une époque où, une fois leur existence acceptée, c'est sur les détails de leur mise en œuvre que l'action du juge se porte essentiellement ? Il y a eu un temps où la seule existence d'un délai de prescription, d'une autorité absolue de la chose jugée, d'une procédure d'urgence, d'une règle de refus de la restitution d'une taxe au motif du risque d'un enrichissement sans cause, n'avaient pas encore été saisies par la Cour de justice. Désormais, le justiciable sait que l'État peut imposer des délais au terme desquels l'action en justice est forclose, qu'il n'est pas obligé de revenir sur une décision définitive, qu'il peut imposer une procédure accélérée au cours de laquelle les règles du contradictoire sont affaiblies, qu'il peut aussi ne jamais restituer un montant qu'il a perçu en violation du droit de l'Union en cas de risque d'enrichissement sans cause. Sur ce point, la sécurité juridique et la confiance légitime ont gagné du terrain. Les procédures internes sont pourtant redoutablement plus sophistiquées que ces simples règles générales que nous venons d'égrainer[615], et c'est bien sur

---

[613] CJCE, 21 septembre 2000, aff. jointes C-441/98 et 442/98, *Michaïlidis AE*, Rec. p. I-7145, pt. 37.
[614] CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, Rec. p. I-6783, pt. 40.
[615] Voir par exemple le constat de M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 376.

les détails qui font cette sophistication que danse la Cour de justice, une fois placée la barre de la tolérance à l'égard des États membres. C'est à ce moment-là que le cas par cas intervient[616].

236. Dans cet enfer de complexité, la Cour créé alors une prémisse pour laquelle elle propose une majeure qui, dans le cas des délais de forclusion, que nous choisissons comme exemple ici, est formulée comme suit : « *la Cour a reconnu la compatibilité avec le droit de l'Union de la fixation de délais raisonnables de recours à peine de forclusion dans l'intérêt de la sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernés* »[617]. De tels délais, dit-elle, sont conforme au critère d'effectivité. Cette loi n'est pas absolue, et il arrive que des porosités procédurales viennent à la parasiter. La prémisse se complète alors d'une mineure, qui constitue l'exception pouvant faire tomber le délai de forclusion sous le coup de l'effectivité. Par exemple dans l'affaire *Santex* du 27 février 2003, si le délai de forclusion était conforme au critère d'effectivité, un élément propre au contexte de l'affaire a poussé la Cour à l'y déclarer contraire. Ce contexte, c'est celui d'un appel d'offre lancé par une administration publique de Pavie chargée de tâches sanitaires et sociales, et qui reçoit la candidature de plusieurs entreprises, dont Santex. Cette entreprise-là considère alors que l'appel d'offre contient une clause contraire aux règles de concurrence en ce qu'elle ne permet qu'à l'entreprise qui avait remporté l'appel d'offre précédent de remporter le contrat. L'administration locale fit alors savoir qu'elle repousserait l'examen des candidatures, et demanda de nouveaux documents comme pour prendre en compte la protestation de Santex, puis rendit finalement sa décision finale en choisissant l'entreprise sortante. Entre-temps, les délais de recours pour contester l'appel d'offre étaient forclos. Il est donc évident que le comportement de l'administration, par des tergiversations plus sinueuses encore que ce que nous en rapportons ici, n'ont pas permis à Santex de prendre une décision ferme sur l'opportunité d'un recours contre l'appel d'offre. Et la Cour de justice de répondre : « *le comportement changeant du pouvoir adjudicateur peut être considéré, eu égard à l'existence d'un délai de forclusion,*

---

[616] F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.* (page indisponible du fait d'une erreur d'édition du numéro, voir donc partie II-A de l'article) ; A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 288. Voir aussi la nécessaire prise en compte du contexte procédural national reconnue formellement dans les arrêts *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.

[617] Par exemple CJCE, 15 septembre 1998, aff. 260/96, *Spac*, Rec. p. I-5012, pt. 19 ; *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 32 ; *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*, pt. 43 ; CJUE, 21 janvier 2010, aff. C-472/08, *Alstom Power Hydro*, Rec. p. I-623, pt. 19.

comme ayant rendu excessivement difficile l'exercice par le soumissionnaire lésé des droits qui lui sont conférés par l'ordre juridique communautaire »[618].

237. Par conséquent, si la fixation de délais raisonnables à peine de forclusion respectent le critère d'effectivité, leurs modalités d'application sont susceptibles de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union européenne, comme le droit à la restitution des montants versés en violation du droit de l'Union. Ces modalités, peuvent aussi être le fait que le *dies a quo* n'est pas connu[619], ou encore que le point de départ du délai n'est pas fixé à l'avance[620], que le délai ne puisse pas être suspendu[621], que l'État a empêché lui-même l'exercice du recours[622], que le délai a été réduit après un arrêt de la Cour de justice pour limiter spécifiquement les recours contre la mesure litigieuse[623], ou encore qu'un nouveau délai, plus court, n'ait pas prévu un régime transitoire permettant à ceux qui pensaient avoir plus de temps d'exercer leur recours[624]. De même, si le juge interne n'est pas tenu, tant qu'il respecte le critère d'équivalence, de relever d'office la contrariété au droit de l'Union d'une clause abusive contenue dans un contrat conclu avec un consommateur[625], la fixation d'une limite temporelle au pouvoir du juge d'écarter de telles clauses porte atteinte à l'effectivité de la protection[626]. La reconnaissance formelle de l'autorité de la chose jugée par la Cour de justice dans l'intérêt de la sécurité juridique[627] a aussi été limitée en matière d'aides d'État[628], puis lorsque la violation du droit de l'Union issue de la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée risquerait de se reproduire indéfiniment[629].

238. En définitive, que la Cour invalide ou valide la procédure nationale — ou pour être plus exact, dans le cadre de la procédure préjudicielle : qu'elle interprète le droit de l'Union dans un sens qui s'oppose ou qui ne s'oppose pas à une procédure telle que celle en cause devant le juge national — la terminologie utilisée n'a que peu d'importance. Si les mots ont un sens, ceux-là, ne dérogeant pas à cette vérité, sont choisis en fonction de données juridiques qui ne paraissent

---

[618] CJCE, 27 février 2003, aff. C-327/00, *Santex*, Rec. p. I-1877, pt. 61.
[619] *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*, pt. 47.
[620] CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-62/00, *Marks & Spencer (I)*, Rec. p. I-6348, pt. 39 ; *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 33.
[621] *Manfredi*, *op. cit.*, pt. 78.
[622] Voir l'arrêt équivoque *Emmott*, *op. cit.*, pt. 23, sur lequel nous reviendrons plus loin. Voir Partie II, Titre II, Chapitre I, Section 1, II-B-1.
[623] *Deville*, *op. cit.*, pt. 13.
[624] Voir, parmi une jurisprudence abondante, *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pt. 57.
[625] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 47.
[626] *Cofidis SA*, *op. cit.*, pt. 35.
[627] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 46.
[628] *Lucchini SpA contre MICA*, *op. cit.*, pt. 62.
[629] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 30.

pas perturber le cours de notre étude. Que la Cour de justice considère que le droit de l'Union « interdit », « s'oppose », ou rend « incompatible » une disposition nationale ne produit que le seul et même effet de la « cassation préventive »[630] de la procédure interne. Quant au couperet qui sanctionne la violation du critère d'effectivité, il a déplacé l'insécurité juridique inhérente à tout pouvoir juridictionnel, des règles générales nationales aux détails de leur mise en œuvre. Cependant, la Cour de justice, en bon juge suprême, a développé une technique qui lui permet d'éviter le choix cinglant entre le sauvetage et « *la mort !* »[631].

2. La complexification de la réponse de la Cour

239. La Cour, en effet, impose aussi des obligations positives qui conditionnent le respect du critère d'effectivité[632]. Utilisée fréquemment, cette technique permet à la fois de ménager les rapports entre juridictions en évitant une déclaration de non conformité qui pourrait être mal reçue, et de pallier le manque d'information de la Cour sur les modalités précises en droit interne. Ces deux soucis sont la conséquence de l'interdiction faite à la Cour de justice d'interpréter le droit interne, l'obligeant à « donner sa réponse sous la forme d'une alternative »[633]. Ainsi, la Cour peut formuler comme suit sa réponse au juge national :

> « *Le droit communautaire ne s'oppose pas, en principe, à ce qu'une réglementation nationale permette d'exclure la répétition d'aides communautaires indûment versées, en prenant en considération, à la condition que soit établie la bonne foi du bénéficiaire, des critères tels que le comportement négligent des autorités nationales et l'écoulement d'un laps de temps important depuis le versement des aides en cause, sous réserve toutefois que les conditions prévues soient les mêmes que pour la récupération de prestations financières purement nationales et que l'intérêt de la Communauté soit pleinement pris en considération* »[634].

240. Dans cette stratégie de conciliation, la Cour de justice met tout particulièrement l'accent sur une approche positive de la mise en conformité de la procédure nationale. L'objet de la décision rendue n'est pas de dire que la disposition procédurale est contraire au critère

---

[630] A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 2.
[631] Ainsi se prononçaient un à un les parlementaires décidant du sort de Louis XVI.
[632] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 399.
[633] D. SIMON, *Contentieux de l'Union européenne*, t. 3, Lamy, 2011, p. 98.
[634] *Steff-Houlberg*, *op. cit.*, pt. 36 (nous soulignons).

d'effectivité en ce qu'elle rend excessivement difficile la protection juridique des justiciables, mais qu'elle est conforme, tant qu'elle ne la rend pas excessivement difficile. L'attitude constructive de la Cour de justice est ainsi identifiable dans un nombre conséquent d'arrêts[635], si bien que son application dépasse le seul cadre de l'interprétation du critère d'effectivité. En tout état de cause, cette technique n'a été rendue possible que grâce à l'ADN du critère d'effectivité, qui laisse à la Cour une marge de manœuvre non négligeable pour décider ce qui est excessivement difficile, le problème étant que ce pouvoir porte en lui le germe de son autolimitation.

II – Une mise en œuvre procédurale *a minima* du droit de l'Union

241. L'effectivité, en tant que borne parfois imposante à la compétence procédurale des États membres, a été vue comme une expression accomplie du pouvoir discrétionnaire du juge dans la garantie d'une primauté supranationale. Or, de notre point de vue, et ainsi que nous tenterons d'en montrer quelques aspects, l'effectivité est avant tout une barrière non à la compétence nationale, mais à la primauté elle-même. En effet, l'effectivité est le critère qui se met en travers du droit de l'Union et du droit interne pour permettre au premier d'être reçu par le second dans des conditions acceptables. Cette intermédiation entre les deux systèmes juridiques provoque alors un affaissement de la primauté du droit de l'Union (A). La position délicate que tient l'effectivité entre ces deux feux devient plus évidente lorsqu'on regarde son contenu : il est multiforme, s'adaptant aux environnements normatifs qu'il doit concilier (B).

---

[635] Voir par exemple les arrêts CJCE, 19 septembre 1997, aff. C-54/96, *Dorsch Consult*, Rec. p. I-4961, pt. 46 ; *Oelmühle*, *op. cit.*, pt. 38 ; CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-201/02, *Wells*, Rec. p. I-748, pt. 69 ; CJCE, 8 novembre 2005, aff. C-443/03, *Leffler*, Rec. p. I-9637, pt. 51 ; CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-526/04, *Laboratoires Boiron*, Rec. p. I-7529, pt. 55 ; CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-53/04, *Marrosu et Sardino*, Rec. p. I-7213, pt. 56 ; CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-180/04, *Vassallo*, Rec. p. I-7251, pt. 41 ; CJCE, 15 février 2007, aff. C-239/05, *BVBA Management*, Rec. p. I-1455, pt. 46 ; CJCE, 13 mars 2007, aff. C-432/05, *Unibet*, Rec. p. I-02271, pt. 58 ; CJCE, 15 avril 2009, aff. C-268/06, *Impact*, Rec. p. I-2483, pt. 53 ; CJCE, 23 avril 2009, aff. jointes C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki e. a.*, n. e. p., pt. 186.

A. L'affaissement de la primauté du droit de l'Union

242. *A priori*, le critère d'effectivité permet de maximiser la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union là où il y a lacune législative de l'Union, laissant penser à un rôle satisfaisant (1). Or, à y regarder de près, ce critère constitue en fait un obstacle à l'affirmation pleine et entière de la primauté du droit de l'Union, entrainant un effet *a posteriori* décevant (2).

1. Un rôle *a priori* satisfaisant

243. Le critère d'effectivité est une exigence que la Cour de justice impose aux cours nationales, ces mêmes cours ayant l'obligation de garantir la pleine efficacité du droit de l'Union. De leur point de vue, elles sont soumises à un critère à forte teneur normative[636], qui requiert d'elles des efforts parfois considérables en termes de coopération dans le cadre du renvoi préjudiciel. Il requiert aussi des contorsions pouvant s'avérer acrobatiques, le droit de l'Union nécessitant qu'elles écartent une modalité gênante, voire qu'elles créent une voie de droit qui en aucun cas n'existe dans leur environnement procédural. De plus, il ne s'agit pas d'un critère qui ne se montrerait que peu, mais d'une condition quotidienne de bonne application du droit de l'Union. Si, comme nous l'avons vu, la Cour de justice a rendu plus de 300 arrêts mettant en œuvre ce critère, il ne faut pas perdre de vue les milliers de juges des vingt huit États membres qui sont au premier rang des collisions indirectes qui voient se confronter un droit matériel de l'Union et une modalité procédurale interne. De même, il ne suffit pas de ne regarder que l'action des juridictions suprêmes des États membres, mais celles de toutes les juridictions, jusqu'à celles les plus proches des justiciables, ces juges du fond démultiplicateurs des aiguillages ponctuellement opérés par la Cour de justice, qui n'est que la partie visible de l'iceberg[637]. Il s'agit donc d'un critère disposant d'une amplitude notable, irrigant une part non négligeable du contentieux en Europe[638]. L'obligation d'application effective du droit de

---

[636] F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.* (page indisponible du fait d'une erreur d'édition du numéro, voir cependant partie II-A-2 de l'article).

[637] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 375, « What reaches the ECJ is the tip of the iceberg. The vast majority of EU claims are adjudicated at national level ». Voir aussi P. CASSIA, « La mise en oeuvre du droit communautaire dans le contentieux administratif », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 794 : « Au contentieux, toutes les juridictions administratives sont concernées par l'application du droit de l'Union européenne ».

[638] Encore que l'« introduction au sein des instances par les praticiens, est encore largement perfectible », F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.*, (page indisponible du fait d'une erreur d'édition du numéro, voir cependant l'introduction de l'article).

l'Union vient ainsi s'immiscer entre la primauté absolue du droit issu des traités et de ses institutions, et le droit national de mise en œuvre. Pourtant, pour un juriste, un critère d'effectivité est à ce point inconstant qu'il en est embarrassant. L'effectivité ne peut pas renvoyer à un mode de calcul mathématique au terme duquel le résultat, positif ou négatif, jugera de la compatibilité de la norme. Cette rigidité peut, à un certain degré, se retrouver dans l'application du critère de l'équivalence. Pas dans l'application du critère d'effectivité. Sans revenir sur les considérations générales relatives à l'effectivité en droit[639], il faut reconnaître au critère une malléabilité dans le cadre de l'administration indirecte du droit de l'Union, que la Cour de justice exploite à son maximum, usant alors d'un pouvoir discrétionnaire important[640]. Dans son rôle d'interprétation du droit, la Cour a défini une modalité procédurale comme respectant le critère d'effectivité dès lors qu'elle ne rend pas « *pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union* »[641]. En ce sens, cette immixtion entre droit de l'Union et mise en œuvre par les États membres est une atteinte au caractère absolu de la primauté du droit supranational sur le droit national.

244. Pendant longtemps, l'invention du critère d'effectivité avait mis en lumière chaque cas dans lesquels la Cour de justice s'ingérait dans les procédures internes, alors qu'elle avait plutôt tendance, dans ses premières années, et par manque d'un environnement normatif suffisamment contraignant, à ne pas regarder les modalités procédurales nationales[642]. L'apparition de l'exigence d'effectivité a joué comme un effet d'annonce par lequel la Cour a voulu montrer sa volonté d'encadrer les règles du procès national, en dehors du seul respect des droits fondamentaux[643]. Les projecteurs ont été braqués sur les audaces de la Cour de justice, certains prédisant la fin d'une « autonomie procédurale des États membres » déjà réduite à peau de

---

[639] Voir, notamment, J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, l'année sociologique », *L'année sociologique*, 1957, série 3 ; F. COUVEINHES, *L'effectivité en droit international public*,Université Panthéon-Assas, Paris, 2011, 798 p ; V. RICHARD, *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*,Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, 1216 p ; et J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, 1964, 280 p ; ainsi que, en droit communautaire spécifiquement, R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », *op. cit.*

[640] A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 285.

[641] *Donau Chemie*, *op. cit.*, pt. 27.

[642] *Salgoil*, *op. cit.* ; CJCE, 11 février 1971, aff. 39/70, *Fleischkontor*, Rec. p. 49 ; *Marimex*, *op. cit.* ; *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.* ; *Comet BV*, *op. cit.*

[643] Le droit à une protection juridictionnelle effective n'est apparu qu'en 1986 avec l'arrêt CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, *Marguerite Johnston*, Rec. p. 1651, pt. 18.

chagrin[644], pendant que les plus intégrationnistes regrettaient qu'elle renonce parfois à donner à ce critère toute la mesure qu'il mérite[645].

2. Un effet *a posteriori* décevant

245. Or, en définissant le critère comme interdisant de rendre « excessivement difficile » ou « en pratique impossible » l'exercice des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, la Cour de justice a restreint son propre pouvoir de contrôle de la bonne application du droit qu'elle a la charge d'interpréter[646]. Il faut en effet qu'une procédure nationale, au minimum, rende *excessivement* difficile l'exercice du droit de l'Union. *Quid* alors des procédures qui le rendent *particulièrement* difficile ? Ou encore des procédures qui le rendent *relativement* plus difficile ? La Cour elle-même reconnaît à demi-mot cette incongruité, relevant qu'une modalité procédurale qui « *ne saurait être considéré(e) comme rendant particulièrement difficile* » ne peut « *à plus forte raison* » rendre « *en pratique impossible* » l'exercice d'un droit par le particulier[647]. Pourquoi, aussi, préciser que sont également contraires au critère d'effectivité les modalités qui rendent « impossible en pratique » l'exercice de ses droits par le justiciable, sinon pour se réserver la possibilité de ne saisir que ces modalités-là quand la Cour souhaite abaisser les exigences qu'elle tire dudit critère[648] ? Il semble évident que si une modalité procédurale interne rend en pratique impossible la protection des droits des individus, elle la rend *a fortiori* excessivement difficile. La seconde catégorie suffit à saisir l'ensemble des modalités, y compris celles de la première catégorie. Il semble alors que ce critère d'effectivité, loin de jouer le rôle d'un accélérateur de primauté, permet au contraire, même dans une moindre mesure, d'*opposer judiciairement un texte interne au droit né du traité*[649]. Cette formulation du principe de

---

[644] A. PERRIN, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale des États membres ? (à propos de la décision de la CJCE du 18 juillet 2007, Commission c/ Allemagne) », *RDP*, 2008, n° 6, pp. 1661-1688 ; voir aussi P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 288.

[645] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 289.

[646] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 424.

[647] *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 29.

[648] C'est ce que défend A. ADINOLFI, estimant que « dans ces cas là, la Cour semble satisfaite par le seul standard minimum, tant que la protection n'est pas totalement exclue » (nous traduisons), A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 300. La Cour de justice reconnaît elle-même le caractère superfétatoire de cette double expression, lorsqu'elle écrit « … *ne saurait être considéré comme rendant particulièrement difficile, ni, à plus forte raison, comme rendant en pratique impossible…* » : *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 29.

[649] D'après l'expression du principe de primauté issue de l'arrêt *Costa c. ENEL*, *op. cit.*, spéc. p. 1160. La Cour s'exprime en ces termes : « *... qu'issu d'une source autonome, le droit né des traités ne pourrait donc, en vertu de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de*

primauté date de 1964, et à ce moment-là, alors que rien dans l'arrêt *Costa contre ENEL* ne permet d'abstraire du droit matériel les exigences procédurales, la Cour fait pourtant déjà cette différence. Laissant d'abord le soin aux États de décider « *si une perception indue donne droit à des intérêts compensatoires* »[650], elle renforce l'obligation dans les arrêts *Rewe* et *Comet*, en enjoignant aux États de ne pas « *rendre, en pratique, impossible l'exercice des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder* »[651]. Pour l'heure, un État membre peut encore rendre excessivement difficile la sauvegarde de ces droits, tant qu'elle n'est pas rendue impossible en pratique, cela ne revenant pas encore à affecter la portée et l'efficacité du droit communautaire[652]. Il faut attendre 1988 et l'arrêt *Jeunehomme* pour que le droit communautaire requière du droit national qu'il ne rende pas non plus *excessivement difficile* l'exercice des droits des justiciables[653]. Pendant ce temps, la doctrine et les Hauts magistrats tinrent à dissocier le fonds de la procédure, malgré les termes généraux de l'arrêt *Costa/ENEL*, et le coup de butoir porté par l'arrêt *Simmenthal*.

246. En effet, après les arrêts *Rewe* et *Comet* — qui d'ailleurs n'employaient pas encore le terme « effectivité » — l'arrêt *Simmenthal*, bien plus contraignant[654], aurait pu être compris comme allant au-delà[655] de l'interdiction peu astreignante de rendre *en pratique impossible* la

la Communauté elle-même ». L'Avocat général JACOBS écrivait cependant que ce principe d'effectivité requiert simplement la bonne application du droit communautaire : F. G. JACOBS, « Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Striking the Balance », *in* A. BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 25‑36, p. 27.

650 CJCE, 16 décembre 1960, aff. 6/60, *Humblet*, Rec. p.1129, p; 1147.

651 *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5 ; *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 16.

652 Voir en premier lieu l'arrêt *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pt. 6. Il y est indiqué que « *l'application du droit national ne doit pas porter atteinte à la portée ni à l'efficacité du droit communautaire en rendant la récupération de sommes irrégulièrement octroyées pratiquement impossible* ». Un an et demi plus tard, la faculté qu'a une disposition interne de rendre en pratique impossible n'est plus qu'une hypothèse parmi d'autres capables d'atteindre l'efficacité du droit communautaire. La Cour écrit en effet que « *le droit interne ne doit pas porter atteinte à la portée et à l'efficacité du droit communautaire. Tel serait notamment le cas si cette application rendait la récupération des sommes irrégulièrement octroyées pratiquement impossible* » (nous soulignons) : *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 22.

653 CJCE, 14 juillet 1988, aff. 123 et 330/87, *Jeunehomme*, Rec. p. 4537, pt. 17. La double exigence est reprise définitivement par la grande chambre de la Cour en 1991 dans l'arrêt *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*, pt. 43. O. DUBOS définit d'ailleurs le principe d'effectivité comme interdisant au droit national de « priver de tout effet le droit de l'Union », O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *op. cit.*, p. 294.

654 R. CARANTA, « Judicial protection against member states: a new jus commune takes shape », *op. cit.*, p. 705.

655 T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 421 ; voir aussi l'article de B. BERTRAND, « La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge. Vers une complétude des compétences du juge national ? », *RFDA*, 2011, pp. 367-376.

mise en œuvre procédurale du droit de l'Union[656]. L'effet direct des dispositions du droit communautaire « *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* »[657]. Face à son rôle de juge de droit commun du droit communautaire, la juridiction nationale doit donc tirer les conséquences des effets que ce droit peut avoir sur le droit interne, y compris une « *pratique […] judiciaire* », dès lors qu'il est fait « *obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires* »[658]. La relation entre l'efficacité de ce droit supranational et les obligations du juge interne en découlant est immédiate, l'immédiateté devant être comprise comme l'absence de tout moyen intermédiaire. La doctrine a pu appeler de ses vœux une telle évolution pour les modalités procédurales[659]. Au contraire, la Cour de justice semble désormais même dissocier explicitement primauté et effectivité[660]. Or, l'arrêt *Simmenthal* autorise « a considerably more far-reaching outcome » que l'arrêt *Rewe*[661]. Pour paraphraser une interjection politique désormais célèbre nous pourrions dire, en prenant cette immédiateté au pied de la lettre et en s'autorisant une approximation, que le droit communautaire décide, et que le juge national exécute. Rien, dans les mots de la Cour ne laisse penser que les questions procédurales pourraient être soumises à un standard communautaire moins contraignant que l'efficacité de ce dernier : son effectivité[662].

247. La démonstration de la relativité de ce standard est son adaptabilité au domaine matériel en cause devant la Cour.

---

[656] La juge S. PRECHAL et le professeur R. WINDDERSHOVEN notent en effet que le raisonnement dans *Simmenthal* « did not follow the same line as in *Rewe* », « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 283.

[657] *Simmenthal*, *op. cit.*, pt. 16.

[658] *Ibid.*, pt. 22.

[659] W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap Between Community and National Law: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies? », *op. cit.*, p. 686.

[660] Voir les arrêts *Melloni*, *op. cit.*, pt. 60, et *A contre B*, *op. cit.*, pt. 44. La Cour de justice traite séparément les deux principes : « *lorsque le droit de l'Union accorde aux États membres une marge d'appréciation dans le cadre de la mise en œuvre d'un acte du droit de l'Union, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution nationale, pourvu que l'application des standards nationaux de protection des droits fondamentaux ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* » (nous soulignons).

[661] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 284.

[662] M. ACCETTO et S. ZLEPNIG rappellent à ce propos que l'arrêt *Simmenthal* interdit à un juge national de porter atteinte à l'application du droit communautaire : M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 390. Voir aussi la position de J. DELICOSTOPOULOS, qui rapproche la formule dans *Simmenthal*, sur la question procédurale, de la formule dans l'arrêt *Dassonville*, sur la question matérielle : J. DELICOSTOPOULOS, « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *op. cit.*, p. 604, sous note 24.

B. L'adaptabilité de l'effectivité au domaine d'intervention

248. La question principale, du point de vue pratique, qui se pose au juge interne est celle portant sur la signification de ce qui pourrait rendre excessivement difficile la sauvegarde des droits. La réponse varie en fonction de la matière considérée. Le critère d'effectivité requiert en effet une « *application effective des articles 101 TFUE et 102 TFUE* » en matière de pratiques anticoncurrentielles[663]. En matière de restitution d'aides d'État illégales, les modalités de récupération ne doivent pas porter atteinte « *à la portée et à l'efficacité du droit de l'Union* »[664]. Dans ce domaine, le règlement 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 CE (actuel article 108 TFUE) apporte des précisions sur le contenu de ce critère d'effectivité dans le cas spécifique des aides d'État, que la Cour de justice interprète de la sorte : « *Il convient de rappeler que, aux termes de l'article 14, paragraphe 3, du règlement n° 659/1999, l'application des procédures nationales est soumise à la condition que celles-ci permettent l'exécution immédiate et effective de la décision de la Commission, condition qui reflète les exigences du principe d'effectivité consacré auparavant par la jurisprudence* »[665]. Les modalités procédurales internes applicables à l'espèce doivent, dans cette optique, être « *aptes à rétablir les conditions normales de concurrence qui ont été faussées par l'octroi de l'aide illégale* »[666].

249. Ce ne sont cependant pas les conditions normales de concurrence qui doivent guider le juge lorsqu'il applique le critère d'effectivité dans une procédure de répétition d'une taxe indument perçue. Dans ce cas, l'application effective du droit de l'Union « *exige que les règles nationales relatives notamment au calcul des intérêts éventuellement dus, n'aboutissent pas à priver l'assujetti d'une indemnisation adéquate de la perte occasionnée par le paiement indu* »[667]. À ce stade, il est intéressant de noter que le critère d'effectivité, selon la Cour, est

---

[663] *Donau Chemie*, *op. cit.*, pt. 27.
[664] *Scott SA et Kimberly Clark c. Ville d'Orléans*, *op. cit.*, pt. 21.
[665] CJCE, 15 juin 2006, aff. C-255/04, *Commission c. France*, Rec. p. I-5251, pt. 49 (nous soulignons). La Cour reprend en partie l'article 14 paragraphe 3 du règlement n° 659/1999/CE du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, *JOUE* L 83 du 27.3.1999, p. 1 : « Sans préjudice d'une ordonnance de la Cour de justice des Communautés européennes prise en application de l'article 185 du traité, la récupération s'effectue sans délai et conformément aux procédures prévues par le droit national de l'État membre concerné, pour autant que ces dernières permettent l'exécution immédiate et effective de la décision de la Commission. À cette fin et en cas de procédure devant les tribunaux nationaux, les États membres concernés prennent toutes les mesures prévues par leurs systèmes juridiques respectifs, y compris les mesures provisoires, sans préjudice du droit communautaire ».
[666] *Scott SA et Kimberly Clark c. Ville d'Orléans*, *op. cit.*, pt. 22.
[667] *Littlewoods Retail Ltd*, *op. cit.*, pt. 29 ; *Mariana Irimie*, *op. cit.*, pt. 26.

tourné plutôt vers le rétablissement d'une situation économique saine en matière d'aides d'État, alors qu'elle vise essentiellement la protection économique de l'assujetti en matière de taxe indûment perçue. Nous n'y voyons rien de surprenant ni de contradictoire. Une situation dans laquelle la concurrence est faussée affecte en premier lieu les entreprises pour lesquelles la protection de leurs droits signifie le rétablissement des conditions normales de concurrence. Ce rétablissement implique des remèdes tels que l'imposition de sanctions[668], qu'elles soient de nature administrative, civile ou pénale, ou encore l'octroi de dommages et intérêts[669]. Dans le domaine précis des aides d'État, les justiciables étant des entreprises, la sauvegarde des droits qu'elles tirent du droit de l'Union passe essentiellement par des remèdes de nature économique. Cela n'empêche pas néanmoins que les modalités procédurales des recours soient aussi saisies pas l'encadrement jurisprudentiel[670]. Dans le cas de la répétition de l'indu ou des règles de concurrence en dehors des aides d'État, le justiciable peut être aussi bien une personne morale qu'une personne physique. Il est donc compréhensible que dans ces cas une attention particulière leur soit accordée.

250. Dans d'autres domaines pour lesquels une législation suffisamment exigeante existe, le critère d'effectivité, une fois énoncé, cède la place aux dispositions pertinentes. La protection des consommateurs illustre bien cette technique. Il faut relever avant tout que le critère d'effectivité n'est apparu dans ce domaine qu'en 2009, dans l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*[671]. Auparavant, la seule boussole qui guidait le juge était soit la directive 93/13, et notamment son article 6 interdisant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[672], soit la directive 87/102 relative aux crédits à la consommation, et notamment son article 11 paragraphe 2[673]. Ce n'est qu'au regard de l'une de ces deux

---

[668] Ainsi la Cour de justice a-t-elle son mot à dire sur cette question : *Schenker*, *op. cit.*, pt. 49.
[669] *Courage et Crehan*, *op. cit.*, pt. 26 ; *Manfredi*, *op. cit.*, pt. 95.
[670] Voir par exemple, en ce qui concerne les règles de preuve, l'arrêt *T-Mobile Netherlands e. a.*, *op. cit.*, pts 49-52 ; en ce qui concerne le relevé d'office, *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pts 17 et s. ; *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.* ; mais aussi sur la qualité de partie à l'instance, *VEBIC*, *op. cit.*, pt. 59.
[671] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*
[672] Art. 6 « 1. Les États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par leurs droits nationaux, et que le contrat restera contraignant pour les parties selon les mêmes termes, s'il peut subsister sans les clauses abusives. 2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres. »
[673] Art. 11 « 1. Les États membres veillent à ce que l'existence d'un contrat de crédit n'affecte en rien les droits que le consommateur peut faire valoir à l'encontre du fournisseur des biens ou des services achetés au moyen d'un tel contrat lorsque les biens ou les services ne sont pas fournis ou que, pour

dispositions que, jusqu'en 2009, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé les circonstances dans lesquelles le juge national doit relever d'office l'illégalité d'une modalité procédurale afin d'assurer une « protection effective » du consommateur[674]. Déjà l'effectivité n'est pas très loin. Elle se fait plus présente encore dans l'arrêt *Rampion*, lorsque la Cour estime que l'objectif de renforcement des droits du preneur de crédit « *ne pourrait être atteint de manière effective si le consommateur devait se trouver dans l'obligation d'invoquer lui-même le droit d'exercer un recours* »[675]. Finalement, le critère d'effectivité *stricto sensu* a fini par apparaître, avec sa définition rituelle, grâce à l'arrêt du 6 octobre 2009. Le juge de renvoi était confronté à la loi espagnole sur la procédure d'arbitrage, qui ne rend possible l'annulation de la sentence que si le demandeur prouve sa contrariété à l'ordre public. Cette disposition empêche-t-elle le juge espagnol de relever d'office la contrariété d'une clause abusive avec la directive 93/13, et si oui, est-il tenu de procéder à ce relever d'office ? La Cour de justice, considérant d'abord que l'article 6 de la directive est bien d'ordre public en droit interne espagnol, estime ensuite que les modalités procédurales doivent être conformes aux critères d'équivalence et d'effectivité[676]. L'occasion est d'ailleurs saisie ici pour préciser que « *le respect du principe d'effectivité ne saurait aller, dans des circonstances telles que celles au principal, jusqu'à […] suppléer intégralement à la passivité totale du consommateur concerné* »[677]. La Cour en conclut donc que la loi espagnole ne rend « *pas impossible ou excessivement difficile* » la sauvegarde des droits des consommateurs[678]. À partir de ce moment-là, le critère d'effectivité sera pleinement intégré au raisonnement du juge[679]. Dans cet arrêt *Asturcom Telecomunicaciones* et ceux qui suivent, la Cour de justice précise la portée du critère d'effectivité par l'invocation de l'article 6 de la directive 93/13[680]. Ainsi, tout comme en droit

---

d'autres raisons, ils ne sont pas conformes au contrat y relatif. 2. Le consommateur a le droit d'exercer un recours à l'encontre du prêteur lorsque, […] » s'ensuivent une série de cas.

[674] *Océano Grupo*, *op. cit.*, pt. 26 ; *Cofidis SA*, *op. cit.*, pt. 33 ; *Mostaza Claro*, *op. cit.*, pt. 28 ; *Rampion*, *op. cit.*, pt. 61 ; CJUE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*, Rec. p. I-4713, pt. 35.

[675] *Rampion*, *op. cit.*, pt. 65.

[676] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 41.

[677] *Ibid.*, pt. 47.

[678] *Ibid.*, pt. 48.

[679] CJCE, 18 mars 2010, aff. jointes C-317/08 à C-320/08, *Rosalba Alassini e. a.*, Rec. p. I-2213, pt. 48 ; CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *Penzugyi Lizing*, Rec. p. I-10847, pt. 54 ; *Banco Español des Credito*, *op. cit.*, pt. 46 ; CJUE, 20 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, Rec. num., pt. 26 ; *Mohamed Aziz*, *op. cit.*, pt. 50 ; *Asbeek Brusse*, *op. cit.*, pt. 42 ; CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, *Joros*, Rec. p. I-, pt. 29. Exception faite des deux affaires CJUE (ordonnance), 16 novembre 2010, aff. C-76/10, *Pohotovost'*, Rec. p. I-11557 ; et CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Invitel*, n. e. p.

[680] Apparaît aussi la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (« service universel »), *JOUE*, L 108, p. 51, dans l'arrêt *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*

des pratiques anticoncurrentielles il s'agissait de garantir l'effectivité des articles 101 TFUE et 102 TFUE, il s'agit ici de garantir « *l'effectivité de la protection voulue par la directive 93/13* »[681]. La Cour, par son pouvoir d'interprétation, donnera par conséquent à cette directive la dimension qu'elle impose, au regard de son but et de sa nature.

251. Dans d'autres situations encore, le contenu du critère d'effectivité n'est pas approfondi à l'aide d'une disposition du traité ou de son droit dérivé. Le seul indice donné au juge national est alors la condition minimale que la modalité ne rende pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit de l'Union. Cela permet à la Cour de justice d'exercer avec la plus grande latitude son rôle dans la répartition du niveau d'exercice de la compétence procédurale. Lorsqu'il ne fait que poser cette exigence minimale, il peut en effet laisser au juge national une grande marge de manœuvre pour déterminer si la modalité interne enfreint l'effectivité du droit de l'Union. Dans d'autres cas, au contraire, la Cour se permet une centralisation de la compétence de décider ce qui est conforme ou pas au droit de l'Union. En matière de douanes, elle n'hésite pas, en effet, à procéder à des analyses poussées et particulièrement aliénantes pour le juge national. Elle peut en effet directement qualifier la nature juridique de l'acte national afin de déterminer la juridiction compétente[682], apprécier la validité d'un délai de forclusion[683], ou fixer les modalités de perception des taxes et redevances communautaires[684]. Elle seule fixe le niveau d'exigence du critère d'effectivité dans ces affaires. Il en va de même pour la mise en œuvre procédurale des libertés fondamentales du

---

[681] *Banco Español des Credito*, *op. cit.*, pt. 53.

[682] « *… la décision de l'autorité douanière nationale, prise en application de l'article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1574/80, porte directement sur l'obligation d'une personne physique ou morale de payer le montant des droits à l'importation applicables en vertu des dispositions en vigueur aux marchandises passibles de tels droits* » : CJCE, 18 mai 1996, aff. C-446/93, *SEIM*, Rec. p. I-99, pt. 35.

[683] « *En ce qui concerne la récupération a posteriori de droits de douane à l'importation, il y a lieu de considérer qu'un délai permettant au contribuable d'exercer son droit à être entendu, qui ne peut être inférieur à huit jours ni supérieur à quinze jours, ne rend, en principe, pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits de la défense conférés par l'ordre juridique communautaire. En effet, les entreprises susceptibles d'être concernées par la procédure en cause au principal sont des professionnels qui recourent habituellement à l'importation. Par ailleurs, la réglementation communautaire applicable prévoit que ces entreprises doivent être en mesure de justifier, aux fins de contrôle, de la régularité de l'ensemble des opérations qu'elles ont réalisées. Enfin, l'intérêt général de la Communauté européenne et, notamment, l'intérêt du recouvrement dans les meilleurs délais de ses recettes propres exige que les contrôles puissent être réalisés promptement et avec efficacité* » : CJCE, 18 décembre 2008, aff. C-349/07, *Sopropé*, Rec. p. I-10369, pt. 41.

[684] « *… une règle nationale concernant la forme des actes établis par les autorités aux fins du recouvrement a posteriori de droits à l'importation, dont l'application peut entraîner l'invalidité de tels actes, sans aboutir en soi à l'extinction de la redevance communautaire concernée par ceux-ci, ne met pas en cause le fondement même de la règle imposant le recouvrement a posteriori ni n'aboutit à rendre celui-ci pratiquement impossible ou excessivement difficile* » : CJCE, 14 mai 1996, aff. jointes C-153/94 et 204/94, *Faroe Seafood*, Rec. p. I-2509, pt. 70.

traité. La Cour de justice est très peu bavarde sur les principes directeurs propres à aider à la compréhension de l'effectivité. L'interprétation du droit de l'Union et, parfois, l'analyse de la mesure nationale, se fait par un raisonnement propre à chaque cas, et dont les similitudes qui pourraient être trouvées sont avant tout la conséquence de la similitude des modalités procédurales en cause — notamment les délais de forclusion, intérêts moratoires, relevé d'office[685], et non de la matière.

252. Il semblerait que des lignes directrices supplémentaires, et plus intelligibles, soient en train d'émerger dans la jurisprudence de la Cour de justice. Elle a en effet jugé dans l'arrêt *Impact* du 15 avril 2008 que le critère d'effectivité s'analyse « *en termes, notamment, de coût, de durée et de règles de représentation* »[686]. Le juge interne sait alors maintenant un peu mieux quels paramètres il doit prendre en compte, même si le coût, la durée de la procédure et les règles de représentation ne sont pas des paramètres exclusifs, la Cour ayant pris soin de dire qu'il s'agit *notamment* de ceux-là. D'autres peuvent donc surgir par la suite. Les inconvénients procéduraux relatifs aux délais sont visibles dans l'arrêt *Pontin*, où la requérante dans la procédure au principal, licenciée parce qu'elle était enceinte, n'avait qu'un délai de 15 jours pour saisir le tribunal compétent d'une action en nullité et en réintégration[687], ce que la Cour de justice estime rendre excessivement difficile l'exercice d'un recours. Ces deux arrêts ayant été rendus dans le domaine spécifique de la protection des droits des travailleurs[688], on pourrait regretter que la Cour n'étende pas le bénéfice de cette jurisprudence aux autres domaines. Or, il nous semble qu'un début de décloisonnement est à l'œuvre, grâce à l'arrêt *Agrokonsulting* du 27 juin 2013 qui, en matière de recours dans le cadre de la politique agricole commune, reprend à son compte le trinôme de l'arrêt *Impact*[689].

253. Quoiqu'il en soit, l'analyse du respect du critère d'effectivité est protéiforme : selon la matière, selon la procédure, et au sein de chacune de ces deux classifications, selon l'état du droit de l'Union qui s'applique au cas d'espèce. Le pouvoir discrétionnaire de la Cour de justice est donc très grand, surtout qu'il se double d'une confusion sur la nature et la place du critère d'effectivité.

---

[685] Voir Partie II, Titre II.
[686] *Impact*, *op. cit.*, pt. 51.
[687] *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pts 65-67.
[688] Il s'agit, dans l'arrêt *Impact*, de l'Accord-cadre sur le travail à durée déterminée du 18 mars 1999, et dans l'arrêt *Pontin*, de la directive 92/85 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.
[689] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 61.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

254. Les contraires s'attirent mais, comme l'écrivain de la IIIe République Willy le rajoutait, « les extrêmes se couchent ». Nous avons donc vu que, ayant des régimes distincts, les deux critères d'équivalence et d'effectivité devaient être traités séparément. Le premier met en effet en mouvement le raisonnement initialement utilisé pour la constatation d'une discrimination, c'est-à-dire un raisonnement en deux temps : trouver un droit interne similaire, et rechercher s'il est mieux traité que le droit de l'Union. Cette simple opération est perturbée par le fait, d'une part, qu'en l'absence de droit interne similaire, il ne peut être porté atteinte à l'équivalence. D'autre part, la méthode utilisée par la Cour de justice pour rechercher un droit interne similaire est fluctuante et imprécise. Cependant, ce qui pose le plus de problèmes sur la légitimité du critère, c'est son caractère parcellaire. L'obligation de ne pas traiter moins favorablement l'autre droit n'est valable que pour l'État membre. La Cour, elle, n'interdit pas de traiter plus favorablement le droit de l'Union que le droit interne similaire. Bien plus préoccupant, elle a elle-même imposé ce déséquilibre, notamment en matière de relevé d'office. Ceci appelle deux remarques. D'abord, ceci créé une situation paradoxale par laquelle les conditions dans lesquelles le critère donne les résultats les plus remarquables sont celles qui démontrent son caractère parcellaire. Le critère d'équivalence fait en effet montre de sa plus grande potentialité lorsqu'il oblige le juge interne à relever d'office la violation du droit de l'Union alors qu'il n'en a que la simple faculté en droit interne. Ensuite, il paraît contestable que la Cour de justice use de l'équivalence pour imposer des obligations non prévues par le droit national, alors qu'il aurait été plus prudent, et plus juste au regard de la définition de l'équivalence, de faire appel au critère d'effectivité.

255. Ce second critère, l'effectivité, avait la chance de pourvoir le juge de larges possibilités. Il s'est cependant révélé être un frein à l'application du droit de l'Union, au point de décevoir, d'un point de vue de la technique juridique. Nous avons tenté de montrer comment le critère d'effectivité agit comme un ralentisseur des effets de la primauté du droit de l'Union sur les ordres juridiques nationaux. On se rend compte alors que sans l'effectivité, critère qui n'aurait pas cours dans un ordre étatique, la seule primauté de l'ordre supranational suffit à régler les conflits entre norme interne et norme de l'Union, quelle que soit sa nature matérielle ou procédurale. Le contrôle de la Cour de justice est alors complet, n'étant pas borné par les critères d'équivalence et d'effectivité, mais guidé par le seul souci de la primauté du droit de l'Union. Or, en lieu et place d'une application rigoureuse du principe de primauté qui commande

d'écarter toute disposition contraire au droit de l'Union, le critère d'effectivité ne commande d'en arriver là que lorsque la disposition nationale rend excessivement difficile ou pratiquement impossible l'exercice d'un droit. Ainsi, les effets de l'effectivité sont bien moindres que ceux de la primauté. L'utilisation de l'effectivité à la place de la *doctrine Simmenthal* n'est donc pas anodine. En effet, alors que le principe de primauté est une simple règle de conflit de lois, l'effectivité est un curseur subjectif qui fixe un objectif à atteindre. Dans le premier cas, l'incompatibilité est évidente, alors que dans le second elle est soumise à des conditions qui, de surcroît, peuvent varier dans le temps.

CONCLUSION DU TITRE I

256. Dans les années 90, la Cour de justice a été touchée par un chamboulement dans les traités qui l'a obligée à réajuster l'équilibre qu'elle avait établi dans la répartition de l'exercice des compétences procédurales. L'ambivalence originelle des Communautés, qui mettaient en marche un processus d'intégration néanmoins suspendu à une décentralisation maximale, a été renforcée dans le traité de Maastricht, qui approfondit encore cette intégration tout en faisant entrer formellement la notion d'identité nationale dans le traité instituant l'Union européenne. Cela s'est traduit, dans l'utilisation des critères d'équivalence et d'effectivité, par un approfondissement du contrôle grâce à la prise en compte du contexte procédural interne, et parallèlement par la réaffirmation du respect de l'identité nationale des États membres grâce à l'acceptation de justifications tenant aux droits de la défense, à la sécurité juridique et à la bonne administration. L'apparition de la prise en compte du contexte procédural et factuel interne pour déterminer si la disposition est conforme ou pas aux critères d'équivalence et d'effectivité est un plaidoyer bienvenu pour le pragmatisme. Or, si la formulation de cette exigence date de 1995, la Cour prenait déjà auparavant en considération le contexte, mais sans le dire. La jurisprudence relative à l'interdiction de l'enrichissement sans cause qui permet à un État de se désengager de son obligation de rembourser une taxe indue s'est épanouie dans les années 80 et 90, et montre avec évidence que la Cour de justice maîtrise dans ces cas le contexte procédural interne. Équivalence et effectivité, dans ce raisonnement, sont de nature comparable. Néanmoins, leur régime diffère. L'équivalence fait appel à une analyse en deux temps pour s'apparenter à une non-discrimination qui n'est que partielle, au profit du droit de l'Union, comme le montrent les affaires relatives au relevé d'office dans la protection des consommateurs. La Cour a dû développer une rédaction subtile afin de ne pas être accusée d'interpréter le droit interne, ce qu'elle ne peut faire dans le cadre du renvoi préjudiciel de l'article 267 TFUE. L'application de ce critère semble pouvoir être mécanique, alors que celle de l'effectivité apparaît bien plus aléatoire. Au cœur du pouvoir discrétionnaire du juge dans l'encadrement de la compétence procédurale nationale, l'effectivité tente de se prêter néanmoins aux exigences de la sécurité juridique par la voie de la syntaxe utilisée par la Cour de justice. La variation permise par l'effectivité apparaît de façon éclatante dans la jurisprudence issue des arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel*, par lesquels la Cour impose de prendre en compte le contexte procédural national pour établir la conformité de la disposition

aux critères d'encadrement. Par conséquent, s'ils ont des régimes si différents, ils constituent tout de même un couple présenté comme tel par la Cour de justice de l'Union européenne.

257. Ce critère freine ainsi les effets de la primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres, car il considère que le droit national lui porte atteinte lorsque seulement la modalité procédurale rend en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice par le justiciable du droit de l'Union. Force est de constater en effet que même dans ses actions les plus audacieuses, la Cour de justice est restée prudente. Plus prudente que lorsqu'il édicte des « principes fondamentaux qui régissent l'ordre juridique communautaire »[690], plus prudente que le *cousin* de Washington, parce qu'il n'a pas les mêmes moyens d'exécution[691]. Néanmoins, la Cour de justice fait un usage constant du critère d'effectivité, même si d'aucuns peuvent penser qu'elle n'en fait pas un plein usage.

258. Par pudeur juridictionnelle donc, la Cour de justice renvoie au juge national une « galerie souterraine qui n'arrivait pas jusqu'à la reine » et, conclut Victor Hugo à propos de la duchesse Josiane, « c'était de l'ouvrage manqué »[692]. Il n'en irait pas de même pour le droit à une protection juridictionnelle effective, qui ouvre une voie parallèle à l'équivalence et à l'effectivité pour une mise en œuvre plus exigeante du droit de l'Union.

---

[690] K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 686.
[691] *Ibid.*, p. 684.
[692] Victor Hugo, *L'Homme qui rit*, Gallimard, rééd. 2002, p. 304.

TITRE II – L'INTERVENTION D'UN DROIT À UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE

259. « Le droit au juge […] est un principe unanimement posé dans les sociétés démocratiques contemporaines »[693]. Par ces mots, le professeur P. Cassia rappelle indirectement que le droit à un juge est une exigence consubstantielle de l'État de droit. En 1986, l'arrêt *Johnston*, au-delà de son apport à la protection des droits fondamentaux, a ouvert la voie à l'encadrement des modalités procédurales nationales par le principe général du droit à une protection juridictionnelle effective, et non plus, strictement, par le seul critère d'effectivité. Dès lors, c'est la confirmation que l'équivalence et l'effectivité n'ont plus le monopole de l'encadrement de la compétence procédurale et, surtout, que l'existence de degrés dans cet encadrement est bel et bien établie, en y intégrant une exigence nouvelle tenant au « principe de la démocratie » et au « principe de l'État de droit », ainsi que l'affirme le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui met par écrit à cette fin les droits fondamentaux[694]. Les prémices de cette hiérarchisation du niveau d'intervention de la Cour de justice montrent l'utilisation encore d'autres notions alternatives à l'équivalence et l'effectivité, telles que l'efficacité, et l'effet utile[695]. Désormais – et la jurisprudence postérieure le confirme – il semble établi que chaque modalité procédurale, suivant sa fonction au sein de la procédure juridictionnelle, et l'environnement légal qui est le sien, bénéficie d'un traitement individualisé. Or, la jurisprudence faisant apparaître le droit à une protection juridictionnelle effective dans les affaires relevant du traitement de la compétence procédurale des États membres est assez instable. Plusieurs cas de figures émergent de la jurisprudence, qui laissent penser que la Cour de justice n'est pas encore très à l'aise dans la distinction des cas relevant de l'effectivité, de ceux relevant de la protection juridictionnelle effective. Il arrive en effet que deux situations concernant le droit au juge *lato sensu* puissent voir intervenir alternativement l'un des deux principes, voire les deux de façon cumulative. Dans ce dernier cas, la protection juridictionnelle effective est parfois considérée comme chapeautant l'équivalence et l'effectivité, parfois comme liée à la seule effectivité. En plus de souffrir d'une confusion dans leurs rapports respectifs, la frontière entre les deux principes est

---

[693] P. CASSIA, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 415.

[694] L'expression « à cette fin » dans le Préambule montre bien le lien de causalité entre démocratie et État de droit d'un côté, et droits fondamentaux de l'autre.

[695] Voir Partie I, Titre II, Chapitre II, Section 1, II-B.

donc également indéterminée. Or, nous faisons la proposition que, pour établir un critère de distinction clair entre les deux, la Cour de justice doit faire correspondre le champ d'application du principe de protection juridictionnelle effective avec celui du droit au juge au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ces fluctuations, qui ne retrouvent une certaine cohérence qu'après l'étude des formations de jugement qui en sont à l'origine, font ainsi de la protection juridictionnelle effective un principe malhabilement alternatif avec les autres critères d'encadrement. Ce qui peut être dores et déjà annoncé, c'est que ce principe, de par sa nature et son *arraisonnement partiel* au droit au juge[696] de la Convention européenne des droits de l'homme, est un acteur de la répartition de la compétence procédurale au profit plus de la Cour de justice qu'à celui du juge national. Cette préférence émergente pour le principe général du droit en lieu et place du critère d'effectivité participe de la consolidation de l'Union de droit appelée de ses vœux par la Cour de justice, dénote un droit solidement ancré dans l'encadrement de la compétence procédurale des États membres **(Chapitre I)**. La persistance du critère d'effectivité donne lieu à un agencement incertain avec le droit au juge (**Chapitre II**).

[696] La doctrine comme les avocats généraux à la Cour de justice utilisent parfois indifféremment l'expression « protection juridictionnelle effective » et « droit au juge » au titre du droit de l'Union. Voir les développements sur ce point de L. CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes*, *op. cit.*, p. 709. Voir également P. CASSIA, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 415-434, qui dans son article englobe dans ces deux appellations l'ensemble des exigeances dégagées par les différentes cours en Europe.

CHAPITRE I – UN DROIT ANCRÉ DANS L'ENCADREMENT DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE

260. Le passage à l'Union de droit coïncide avec le développement du constitutionnalisme, pilier des démocraties contemporaines qui ont pour finalité la promotion « du bien de l'individu »[697]. Cette marche vers la démocratie par le chemin de la Communauté de droit puis de l'Union de droit se fait à l'aide principalement du droit au juge, ce que la Cour de justice assume pleinement depuis l'arrêt *Les Verts contre Parlement* en 1986[698]. Depuis lors, la place qu'occupe le principe général grandit à mesure que le besoin de protection du justiciable se fait sentir, et que la Cour affine l'articulation avec le critère d'effectivité, qu'elle se refuse elle-même à élever au rang de principe général. Cette différenciation au profit du droit au juge est devenue inévitable, tant il est prêt à structurer l'Union dans son ensemble, y compris dans sa mise en œuvre nationale. Quoiqu'il en soit, la place que la Cour de justice donne à la protection juridictionnelle effective lui permet d'intégrer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, notamment, la possibilité de justifier un infléchissement du droit au juge par des objectifs légitimes d'intérêt général, renforçant la nécessaire étude croisée des jurisprudences européennes[699]. C'est donc tout naturellement que cette opération s'applique désormais ouvertement à la répartition de la compétence procédurale entre la Cour de justice et les juges nationaux[700]. Or dans la répartition de la compétence procédurale ces incursions restent limitées, ce principe d'encadrement peut donc être considéré comme étant sous-exploité par la Cour de justice. Malgré cela, le droit au juge est non seulement devenu inévitable **(Section 1)**, mais il s'est également banalisé dans la mise en œuvre procédurale nationale du droit de l'Union **(Section 2)**.

---

[697] R. ARNOLD, « L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen », *RFDC*, 2014, n° 4, p. 769. L'auteur ajoute plus loin que « les principaux moyens d'adaptation de l'ordre constitutionnel aux changements en cours sont la réforme constitutionnelle et l'interprétation dynamique du texte, notamment dans les domaines des valeurs, donc des libertés et des droits fondamentaux ainsi que des valeurs institutionnelles comme la démocratie, l'État de droit, l'État social […], l'État « ouvert », etc. C'est l'interprétation par les juges, notamment par les juges constitutionnels, qui joue ce rôle primordial ».

[698] CJCE, 23 avril 1986, aff. 294/83, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement*, Rec. p. 1339, pt. 23. La Cour y exprime l'idée fondatrice selon laquelle « *la communauté économique 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* ».

[699] Voir en premier lieu le travail approfondi sur le seul thème du droit à un procès équitable P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.* ; voir encore, plus généralement L. SCHEECK, *Les Cour européennes et l'intégration par les droits de l'homme*,IEP de Paris, 2006, 537 p. Voir aussi L. SCHEECK, « La diplomatie commune des cours européennes », *in* P. MBONGO et A. VAUCHEZ (dirs.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruylant, 2009, pp. 105-137.

[700] Voir, pour un premier exemple en matière de compétence procédurale, *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 63.

Section 1 –Le droit au juge en droit de l'Union

261. La notion de principe général du droit est historiquement ancienne, mais son apparition maitrisée est inscrite dans un dessein idéologiquement marqué. Autrefois utilisée sans grande rigueur quant à son sens, la signification moderne du principe général est incontestablement de combler les lacunes d'un système juridique. Ainsi, plus le système est lacunaire, plus les principes généraux sont nombreux et leur normativité élevée. Cette fonction initialement palliative du principe général (I), appelé pour niveler un manque, lui permet de jouer un rôle actif désormais dans l'édification d'une Union de droit dans laquelle chaque particulier peut s'appuyer sur des principes structurants, dont le droit au juge est la clé de voûte, la porte d'entrée (II).

I – La fonction initialement palliative d'un principe général

262. On parlait déjà de principes généraux au Moyen-Âge, en visant le droit coutumier[701], tel qu'il était notamment appliqué par les arbitres internationaux[702], mais c'est dès le 13e siècle et surtout l'époque des Lumières que les principes généraux du droit on forgé la pensée juridique occidentale[703]. Aujourd'hui, ils font partie intégrante des ordres juridiques, jusqu'à en constituer le fondement, « la charpente »[704]. Le juge s'est saisi des principes généraux du droit au sens moderne du terme dès le 20e siècle. Dans tous les cas ils ont été dégagés pour compléter un ordre juridique qui s'est ponctuellement avéré lacunaire. La Cour de cassation a ainsi eu à cœur de combler une défaillance des règles qu'elle applique en matière de contrats de bail[705], le Conseil d'État a dû prendre la mesure du désastre de la Seconde Guerre Mondiale et apporter sa contribution à l'édification d'un État de droit en consacrant explicitement les droits de la défense comme principe général du droit applicable même en l'absence de texte[706]. La Cour de

---

[701] M. de BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 15.
[702] A. VON VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 207.
[703] F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 122.
[704] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 97.
[705] Cass., Civ., 25 juillet 1938, *D. H.*, 1938, p. 591 : « d'après les principes généraux du droit, les ayants cause du locataire sont substitués à celui-ci dans l'exercice de ses droits ».
[706] CE, Ass., 26 octobre 1945, req. n° 77716, *Aramu*, Rec., p. 213. Le changement de stratégie est évident au regard de l'arrêt CE, 5 mai 1944, req. n° 69751, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, qui assurait la protection des droits de la défense, sans pour autant parler de principe général du droit. B. Jeanneau l'affirme également : « C'est dans les circonstances troublées que traversa la France entre 1940 et 1946 qu'il faut rechercher les causes immédiates de l'avènement de la théorie des principes généraux du droit. Les membres du Conseil d'État – dont le Vice-président lui-même – s'accordent pour l'affirmer », B.

justice des Communautés européennes, pour affirmer l'autonomie de son ordre juridique et sous la pression des cours constitutionnelles allemandes et italiennes, a dû elle aussi revendiquer le droit à l'énonciation de principes généraux du droit communautaire[707].

263. En droit privé, les principes généraux du droit ont fait leur apparition dans les années 30 dans la jurisprudence de la Cour de cassation[708]. Mais ils ont conservé longtemps en droit privé un rôle plus interprétatif que supplétif[709]. B. Jeanneau explique que la faiblesse des principes non écrits en droit privé s'explique essentiellement par le caractère ancien et complet des textes que le juge applique en droit privé. Il y a certes cette ambiguïté du principe général du droit, qui à la fois est un élément du droit naturel et constitue du droit positif[710], ces principes pouvant être issus de règles écrites[711], ou du travail du juge[712]. Cela n'empêche pas néanmoins une incertitude liée à une « terminologie bigarrée »[713]. Le droit administratif a, lui, fait montre d'une plus grande cohérence dans l'utilisation de ces principes, qu'il nomme sans détour des « principes généraux du droit », mettant à jour une véritable catégorie juridique, « l'événement le plus important » du droit public français d'après J. Rivero[714]. Le fait que ces principes dégagés par le Conseil d'État s'appliquent, selon sa formule, « même en l'absence de texte » montre clairement le caractère lacunaire du droit administratif français dans ses règles écrites.

JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Éditions du Recueil Sirey, 1954, p. 3.

[707] L'arrêt d'abord de la Cour constitutionnelle italienne *San Michele* du 27 décembre 1965, puis les arrêts du Tribunal constitutionnel allemand du 18 octobre 1967 et *Solange I* du 19 mai 1974 ont pointé du doigt les failles de la protection communautaire des droits fondamentaux : L. BURGORGUE-LARSEN, « Les résistances des États de droit », *in* J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LJDG, 2000, p. 427.

[708] La mention des principes en tant que tels apparaît surtout dès 1948 dans les visas des arrêts de la Cour : Cass. com., 20 avril 1948, *DP*, 1948, 375, *S.*, 1948, 1, p. 129, R. HOUIN*, RTD com*., 1948, p. 697. Voir égalemement l'artice de P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation », Cour de cassation, *Colloque Droit et technique de cassation*, cinquième conférence, 4 avril 2006, accessible à l'adresse https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_morvan.pdf. Il faut relever cependant une mention dans le rapport du conseiller rapporteur sous la décision de la chambre des requêtes en date du 17 décembre 1844, *D*., 1845, I, 71.

[709] B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, *op. cit.*, p. 202. « les tribunaux judiciaires disposent depuis longtemps, pour remplir leur mission, d'un ensemble complet de textes qui les dispense d'aller rechercher en dehors de ces derniers une solution aux litiges sur lesquels ils sont appelés à statuer » : *Ibid.*, p. 204.

[710] M. de BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 19.

[711] *Ibid.*, p. 45 et s.

[712] *Ibid.*, p. 83 et s.

[713] *Ibid.*, p. 17. L'auteur relève les expressions « principe », « principe fondamental », « principe directeur », ou encore « principe supérieur ».

[714] J. RIVERO, « Compte rendu sur le fascicule n° 3 des », *Études et Documents du Conseil d'État, RDP*, 1950, p. 470. et il ajoutait « et le moins étudié du droit public français actuel », en 1950.

Cette fonction compensatrice est ainsi propre au principe général du droit, qui vient pallier un manque écrit par une règle non écrite. Cela doit alors être encore plus vrai du droit international public, qui présente sans doute le plus de lacunes, étant dépourvu d'organe législatif. C'est pour cette raison que A. von Verdross affirmait à l'Académie de droit international de La Haye en 1935, après l'avoir largement démontré, que « les principes généraux du droit furent toujours reconnus par la jurisprudence internationale »[715].

264. Ainsi, la force et le nombre des principes généraux du droit serait inexorablement liée à la complétude d'un système juridique[716]. Plus ce système est lacunaire, plus les principes généraux du droit seront invoqués et plus ils y occuperont une place importante[717]. Dans ce schéma général, le droit de l'Union européenne tient plus de la ressemblance avec le droit administratif français qu'avec le droit international ou le droit privé. Contrairement au premier, il dispose d'un organe législatif producteur d'un nombre relativement élevé de normes, mais contrairement au second, il ne bénéficie pas d'un ensemble complet et codifié de règles écrites. Comme le Conseil d'État français, la Cour de justice de l'Union européenne fut à l'avant-garde de la protection des particuliers par le truchement dans sa jurisprudence de principes généraux du droit, devançant l'écrit, qui a pour habitude dans ce domaine de venir constitutionnaliser les novations de la Cour de justice[718]. Sans couper à la tentation du désordre sémantique[719], la doctrine relevant un grand nombre d'appellations différentes[720]. Néanmoins, la catégorie juridique correspondant aux principes généraux du droit communautaire s'affirme mieux dès

---

[715] A. VON VERDROSS, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *op. cit.*, p. 210. À cette époque, l'article 38 du Statut de la Cour permanente de justice internationale prévoyait qu'elle applique « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Désormais cette même disposition se retrouve à l'article 38, paragraphe 1, c, du Statut de la Cour internationale de justice.

[716] Le commissaire du gouvernement Letourneur écrivait en ce sens que la reconnaissance des principes « est indispensable pour compléter le cadre juridique dans lequel doit évoluer la Nation », M. Letourneur, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Études et documents du Conseil d'État*, 1951, p. 19 ; voir aussi les références citées par D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n° 14, pp. 73-74.

[717] Voir sur cette question J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 111.

[718] X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 69.

[719] D. SIMON, « Les principes en droit communautaire », *in Les principes en droit*, Paris, Économica, coll. « Études Juridiques », 2008, p. 289.

[720] Le professeur D. Simon relève notamment « principe général de droit », « principe général du droit », « principe fondamental », etc. Certaines dénominations peuvent être bien éloignées de l'originale, ainsi E. Bernard mentionne-t-elle « règle de droit généralement admise » ou encore « principes élémentaires du droit » : E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 67. Voir également C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », *in Le droit de l'Union en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Paris, Apogée, 2006, pp. 99-152, et R.-E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 14.

le 12 novembre 1969, lorsque dans l'arrêt *Stauder* la Cour de justice évoqua le fait qu'elle se devait de respecter « *les droits fondamentaux compris dans les principes généraux du droit communautaire* »[721]. Point de départ d'une jurisprudence abondante[722], le soin que la Cour de justice a pris pour intégrer les légitimités étatiques a été remarqué, qu'il s'agisse des traditions constitutionnelles communes aux États membres[723], ou de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, instrument adopté par l'ensemble des États membres de la Communauté au moment de son intégration dans les sources des principes généraux du droit[724].

II – Le rôle structurant du seul droit au juge

265. Il est constant que les droits fondamentaux assurent « la structuration de l'ordre juridique communautaire autour de valeurs et de principes communs aux différents États membres qui composent l'organisation européenne »[725]. L'effectivité, qui n'est qu'un critère dans le raisonnement du juge, ne pourrait *a fortiori* pas être qualifiée de principe général du droit (A), malgré des positions doctrinales éparses, alors que le principe général de protection juridictionnelle effective, lui, s'éloigne encore plus du critère d'effectivité en ce qu'il est un principe incontournable de l'État de droit, le droit au juge (B). Seul le droit au juge a alors un rôle structurant de l'ordre juridique.

A. L'impossible principe général de l'effectivité

266. Il est vrai que l'évocation d'un principe en droit « renvoie presque automatiquement aux principes généraux du droit »[726]. Nombre d'universitaires reconnaissent d'ailleurs dans le principe d'effectivité un principe général du droit. M. Accetto et S. Zleptnig, auteurs d'un article paru en 2005 à la revue *European Public Law*, identifient l'élévation de l'effectivité au rang de principe général du droit dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, dans lequel la Cour a considéré que « *subordonner la réparation du dommage à l'exigence d'une constatation préalable par la Cour d'un manquement au droit communautaire imputable à un État membre*

[721] *Stauder*, *op. cit.*, spéc. p. 427.
[722] Entre seulement 1954 et 1995, R.-E. Papadopoulou en a recensé plus de 1200 : *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, *op. cit.*, p. 14.
[723] CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. p. 1135, pt. 4.
[724] CJCE, 4 mai 1974, aff. 4/73, *Nold*, Rec. p. 491.
[725] C. MAUBERNARD, *op. cit*., p. 292.
[726] C. FLAESCH-MOUGIN, « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 101.

serait contraire au principe d'effectivité du droit communautaire »[727]. Ils n'expliquent cependant pas leur assertion et nous ne trouvons trace de cette position dans leurs renvois[728]. P. Girerd quant à lui y voit un principe général en devenir, par « cohérence intellectuelle »[729] avec le régime de la protection juridictionnelle effective, elle-même principe général du droit depuis l'arrêt *Johnston* en 1986[730]. Les rapports entre les deux principes sont cependant complexes, ainsi qu'il a été vu précédemment[731]. Cela n'empêche pas le vice président K. Lenaerts de confondre volontairement effectivité et protection juridictionnelle effective, pour se ranger dans la catégorie des tenants du principe général du droit, qu'il tire directement de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux[732].

267. La potentialité de compter l'effectivité au nombre des principes généraux du droit de l'Union est plutôt vue comme une complémentarité par J. Molinier, car l'effectivité s'ajoute aux principes généraux que les États membres doivent protéger dans la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union[733]. Sa position se rapproche alors de celle défendue par T. Tridimas[734], et elle préfigure celle de ceux qui s'opposent à la qualification de principe général, même s'il est difficile de trouver une argumentation explicite dans ce sens[735]. Le plus souvent, la qualification n'est pas proposée, et l'effectivité est considérée comme un simple principe, une exigence supérieure du droit de l'Union[736].

---

[727] *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pt. 95. Cette même référence est reprise par T. TRIDIMAS dans la seconde édition de son ouvrage *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 418, sous note 2.

[728] Référence est faite aux points 16 et 18 des conclusions rendues le 31 mars 1987 par l'Avocat général MANCINI dans l'affaire *Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni contre Commission*, *op. cit.* Or, l'Avocat général ne parle pas de principe général du droit ; ni même d'ailleurs l'avocat général JACOBS au point 39 de ses conclusions du 4 octobre 1989 dans l'affaire CJCE, 14 février 1990, aff. C-301/87, *France contre Commission*, Rec. p. I-307. Exception faite que dans la version en anglais, référence est faite au « principle of effectiveness (*effet utile*) », alors que dans la version française référence est seulement faite à l'effet utile. Cependant, l'effet utile n'est pas un principe général du droit, si bien que même son assimilation éventuelle à l'effectivité ne suffit pas à qualifier cette dernière de principe général.

[729] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, p. 86.

[730] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 18.

[731] Voir ci-dessus Titre I, Chapitre II.

[732] K. LENAERTS et D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 85-86.

[733] J. MOLINIER, « Principes généraux », *Répertoire communautaire Dalloz*, 2012, pt. 39.

[734] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 291-297.

[735] L'article de F. CAULET compte parmi les rares plaidoyers contre la qualification en principe général du droit : F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *op. cit.* (page indisponible du fait d'une erreur d'édition, voir cependant partie I-A de l'article).

[736] Un « principe fondateur » pour J. MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2004, 280 p ; et un « principe structurel » pour C. BLUMANN, « Objectifs et principes en droit

268. Notre avis est qu'il faut écarter la qualification de principe général du droit pour le critère d'effectivité[737] pour deux raisons : elle n'est ni souhaitable, ni nécessaire. Premièrement, une telle qualification ne serait pas souhaitable pour la bonne application du droit de l'Union, sa lisibilité, et le respect du principe de primauté. Comme nous l'avons vu, le principe d'effectivité est un interstice qui s'est glissé entre la primauté du droit de l'Union et le droit procédural national, en freinant ladite primauté par l'exigence minimale consistant seulement à ne pas rendre excessivement difficile l'exercice d'un droit pour le particulier. Considérer le principe d'effectivité comme un principe transversal ayant valeur de principe général du droit tendrait à favoriser son implication dans des cas dans lesquels la Cour s'en sort mieux sans effectivité, du fait de l'harmonisation suffisante opérée par les institutions de l'Union. Un principe général du droit a en effet une valeur supérieure à celle du droit dérivé[738]. Le principe d'effectivité doit ainsi rester soumis au droit issu des traités, primaire ou dérivé, afin de garantir leur primauté telle que formulée par la jurisprudence *Simmenthal*.

269. Deuxièmement, l'effectivité n'a pas non plus besoin d'être qualifiée de principe général du droit. Tout d'abord parce que la catégorie en droit de l'Union est incertaine. Le professeur D. Simon énumère les multiples formes de références à ces « standards »[739], simultanément appelés « principes généraux du droit », « principes fondamentaux du droit communautaire », « principes élémentaires du droit », « exigences fondamentales », ou simplement « principes »[740]. Ensuite, parce que la dénomination de *principe général du droit de l'Union* ne garantit pas un changement de régime du principe. C. Blumann rappelle par exemple que de nombreux principes sont invocables par les particuliers mais n'ont jamais — ou pas encore — été reconnus formellement comme des principes généraux du droit[741]. Enfin, la diversité des

---

communautaire », *in Le droit de l'Union en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, p. 57. Voir aussi l'absence de référence à un principe général dans les articles suivants : H.-W. MICKLITZ, « The ECJ between the individual citizens and the Member States - A plea for a judge-made European law on remedies », *in The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 349-400 ; S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.* ; P.-J. WATTEL, « National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages? », *op. cit.*, pp. 109-132.

[737] Voir D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », *in Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Paris, Nemesis, coll. « Droit et justice », 2012, p. 108, où l'auteur affirme que les deux principes d'équivalence et d'effectivité ne sont pas des droits fondamentaux.

[738] J. MOLINIER, « Principes généraux », *op. cit.*, pt. 30.

[739] E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*

[740] D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 74, pour ne citer que ceux-là.

[741] C. BLUMANN, « Objectifs et principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 56-57.

familles que les principes peuvent rejoindre, qu'il s'agisse de principes constitutionnels ou de principes structurels[742] par exemple, ne plaide pas en faveur de l'utilité d'une classification spécifique en principe général du droit. Cette montée en grade serait au surplus problématique au regard des notions voisines de l'effectivité, qu'il faudrait alors repenser.

B. L'incontournable droit au juge

270. Pour le professeur Burdeau, qui estimait que le principe général du droit est la « formulation implicite de l'idée de droit »[743], comme nous l'avons déjà évoqué, le principe occupe une place d'autant plus importante qu'il est directement inspiré de « l'esprit général du régime »[744]. Le cas de la protection juridictionnelle effective garantie par la Cour de justice de l'Union européenne ne fait pas exception, en tant que principe cardinal des démocraties pluralistes où l'on considère que le juge est le garant des libertés.

271. Dans ce contexte, le principe général du droit de l'Union à une protection juridictionnelle effective est sans doute le principe juridique qui conditionne l'effectivité des autres principes du droit. La structuration à laquelle procède le droit au juge « consiste principalement dans le renforcement matériel de la charte constitutionnelle que forment les traités communautaire »[745]. La Cour de justice fait elle-même de ce principe un droit fondamental « indissolublement lié à la construction d'une Communauté de droit appelée à se fondre dans une Union de droit »[746]. Que serait donc un principe sans celui de saisir un juge pour le faire valoir ? Que serait, parmi tant d'autres, le principe général du droit à la sécurité juridique, que le particulier peut invoquer à l'encontre de l'administration, si ce particulier ne dispose pas d'un *droit* – nous ne disons plus *principe* – à saisir une autorité indépendante de cette administration, impartiale, dans des conditions permettant l'effectivité du recours, et dans le respect de règles de procès qui soient équitables[747] ? Ainsi que le revendique le professeur J.

---

[742] *Ibid.*, p. 54.
[743] G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, p. 107.
[744] *Ibid.*
[745] C. MAUBERNARD, *op. cit*., p. 292.
[746] J. RIDEAU, « Article II-107 - Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », *in* L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II - La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 592.
[747] Nous ne résistons pas à citer ce tour d'horizon du droit au juge par le juge G. Guillaume : « Le droit au juge peut en premier lieu être défini de manière stricte comme le droit d'accès au juge, le droit de saisir ce dernier. Mais ce droit de recours, comme on l'a souligné longuement, pour être réel doit être effectif. Du droit au juge on passe alors au droit au *vrai* juge, et, pourquoi pas, au droit au *bon* juge. Le droit au juge peut aussi se transformer en droit au jugement, voire en droit à l'exécution du jugement » :

Rideau dans l'intitulé d'une de ses contributions, le droit au juge est à la fois « conquête et instrument de l'État de droit »[748], et est incontournable dans une société où il est interdit de se faire justice soi-même[749]. La catégorie juridique formelle de principe général du droit de l'Union européenne à une protection juridictionnelle effective peut et même doit laisser place à la puissance de la simplicité de son corollaire, le droit au juge. Par cette courte formule c'est toute la fonction juridictionnelle qui est mobilisée, pour laisser place à un droit « à la justice »[750]. Rien d'étonnant donc à ce que P. Gilliaux introduise sa somme sur les droits européens à un procès équitable par une référence à l'ancien avocat général Ruiz-Jarabo Colomer qui écrivait que « l'accès à la justice est un pilier essentiel de la culture juridique occidentale »[751].

272. Dans un État de droit, donc, la protection juridictionnelle effective est un droit au juge inaliénable. Cette constatation s'applique tout autant à l'Union de droit, qui facilite la banalisation du droit au juge.

G. GUILLAUME, « Conclusions générales », *in* J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, p. 217.

[748] J. RIDEAU, « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », *in Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 3-7. « On ne saurait concevoir un État de droit sans existence d'un protection juridictionnelle des droits », affirmait T. RENOUX, « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G*, 1993, 3675 (doctr.).

[749] D'après E. PIWNICA, « Le droit au juge devant les juridictions françaises », *in* J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, p. 173, qui, en tant qu'avocat au Conseil et à la Cour de cassation, écrit que « l'interdiction de se faire justice à soi-même emporte le droit, reconnu à tous, d'agir en justice pour faire valoir ses droits, sans aucune discrimination ». De même, A. Garapon a pu écrire que les sociétés modernes ont transféré aux juridictions toutes les revendications et tous les problèmes politiques : A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 43.

[750] G. GUILLAUME, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 217. « Derrière le droit au juge, se profile dans tous ces cas l'aspiration, sinon le droit, à la justice ».

[751] Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire CJCE, 25 juin 2009, aff. C-14/08*, Roda Golf & Beach Resort*, Rec. p. I-5439, pt. 29.

Section 2 – La banalisation du droit au juge dans la mise en œuvre procédurale nationale

273. Il était inéluctable que le droit au juge émerge un jour dans la jurisprudence de la Cour de justice, tant « le renforcement de la protection des droits fondamentaux est concomitant des avancées politiques de la construction européenne »[752]. Néanmoins, si la place qu'il occupe par rapport au principe d'effectivité est aléatoire, pouvant faire penser que les deux sont finalement interchangeables, le principe de protection juridictionnelle effective a émergé dans la jurisprudence relative aux modalités procédurales nationales (I). La différenciation par rapport au critère d'effectivité tient notamment aux liens indéfectibles entre le principe général du droit de l'Union et le droit au juge au sens de la Cour européenne des droits de l'homme. Le rapprochement entre protection juridictionnelle et droit au juge se fait en effet au détriment des liens avec l'effectivité, ce qui permet indéniablement d'amorcer un renforcement de l'encadrement de la compétence procédurale, au profit de la Cour de justice (II).

I – L'immixtion du droit au juge dans la mise en œuvre procédurale nationale

274. La mutation que vit ce principe général, aux honneurs dans le droit primaire, suit l'inexorable émergence du droit au juge dans la jurisprudence. En effet, l'appropriation par le droit primaire du principe de protection juridictionnelle effective pose la question de la disparition du principe général du droit, et de sa réapparition comme droit textuel primaire. L'importance du principe croissant avec le temps, il était tout aussi logique que la jurisprudence relative à la mise en œuvre procédurale juridictionnelle soit elle-même atteinte par ce mouvement (A). Quoiqu'il en soit, il ne fait aucun doute que ce principe est un principe procédural, et que sa place dans l'encadrement de la compétence procédurale des États membres est légitime (B).

[752] R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 254.

A. Un principe général en mutation

275. Le principe de protection juridictionnelle effective a été consacré par la Cour de justice des Communautés européennes à la faveur d'un mouvement menant à sa reconnaissance, désormais indiscutée tant elle est ancrée dans le droit de l'Union (1). Son incrustation dans le droit primaire, notamment dans la Charte des droits fondamentaux, ne doit pourtant pas mener à déconsidérer l'importance de garder ce principe en tant que principe général du droit (2).

1. Une consécration indiscutée

276. Moins d'un mois après avoir consacré pour elle-même le principe du contrôle de la conformité des actes des États membres et des Communautés à la « charte constitutionnelle de base qu'est le traité »[753], la Cour de justice est allée plus loin et a imposé au terme d'une évolution graduelle[754] l'obligation dans le chef des juridictions nationales d'assurer une protection juridictionnelle effective[755]. Le marchepied, voire le « tremplin »[756] qu'a constitué l'arrêt *Von Colson* en 1984, qui demandait à ce que « *la sanction de la discrimination soit de nature à assurer une protection juridictionnelle effective et efficace* »[757], a en effet facilité la reconnaissance du principe général du droit communautaire. Le droit à un recours contre un acte fait en effet partie des traditions constitutionnelles communes aux État membres[758], et il était naturel que la Cour de justice finit aussi par s'appliquer à elle-même ce principe général[759].

---

[753] *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement*, *op. cit.*

[754] Sur la gestation de l'idée de protection juridictionnelle effective en tant que principe général du droit, nous renvoyons à l'article de S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*

[755] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 18 ; le professeur F. Picod rappelle encore en 2010 le caractère fondateur de cet arrêt, « Droit au juge et voies de droit communautaire : un mariage de raison », *in L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de P. Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 907.

[756] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 286 (nous traduisons) : « Von Colson was clearly the stepping stone for the explicit recognition of the principle of effective judicial protection in the landmark judgment in the case of Mrs Johston ».

[757] CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, *Von Colson*, Rec. p. 1891, pt. 23.

[758] D. SIMON rappelle que le Conseil d'État en France reconnaît ce même principe notamment dans l'arrêt CE, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Rec. p. 110, *in* D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 85.

[759] CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-50/00, *UPA c. Conseil*, Rec. p. I-06677, pt. 39 ; voir D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », *op. cit.*, p. 106 ; ou encore F. PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire : un mariage de raison », *op. cit.*, p. 914-915, qui écrit que « Les juridictions communautaires ont fini par accepter que le droit à une protection juridictionnelle effective s'applique pleinement aux recours et procédures qui sont mis en oeuvre devant elles et qu'elles soient tenues d'examiner les revendications fondées sur un tel doit en ce qu'il constitue un droit fondamental ».

Ces traditions nationales sont également exprimées dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, qui exige le respect des principes du procès équitable en son article 6 et du droit à un recours effectif en son article 13[760].

277. La Cour de justice se fonde à la fois sur les traditions constitutionnelles nationales et sur la Convention européenne pour justifier le principe général de protection juridictionnelle effective. En toute logique donc, suivant le caractère transversal d'un principe général[761], la Cour de justice a consacré la protection juridictionnelle pour l'ensemble des cas de mise en œuvre par le juge interne du droit de l'Union[762], et non plus seulement la directive 76/207 qui était seule en cause dans l'affaire *Johnston*[763]. Le principe de protection juridictionnelle effective fait donc partie intégrante des principes généraux dont la Cour assure le respect, les juges nationaux devant faire de même lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, étant entendu toutefois que les droits fondamentaux prévus par les Constitutions nationales ne sauraient être mis à l'écart[764]. L'entrée en vigueur de la Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne a permis à la Cour de justice d'ajouter, aux côtés des traditions constitutionnelles communes et des articles 6 et 13 de la Convention, l'article 47 du texte adopté à Nice en 2000[765]. Cette codification du principe, renforcée par l'intégration de la Charte opérée par le traité de Lisbonne, permet à elle seule d'intégrer au droit de l'Union le droit à un recours effectif de l'article 13 de la Convention et le droit à un procès équitable de l'article 6 paragraphe 1[766]. Sa complétude a même autorisé la Cour de justice à n'invoquer que lui, sans référence à la Convention de 1950[767]. Cette codification du principe et sa reprise dans la jurisprudence a pu être une occasion de relancer un débat sur la pertinence des principes généraux du droit.

---

[760] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 18 ; voir aussi J. RIDEAU, « Article II-107 - Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », *op. cit.*, p. 592-593.
[761] J. BENGOETXEA, « Principia and Teloi », *in* S. BESSON et P. PICHONNAZ (dirs.), *Les principes en droit européen*, Paris, LGDJ, coll. « Fondements du droit européen », 2011, p. 75.
[762] C. PICHERAL, « Rapport introductif », *in Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2012, p. 13 ; F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *in* J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 145.
[763] I. PERNICE, « The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU », *op. cit.*, p. 389-390.
[764] *Nold*, *op. cit.* Voir à ce propos les développements de F. DE PAUL TETANG, *La subsidiarité inversée en droit européen*, *op. cit.*, p. 92 sous notes 411 et 412.
[765] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 37.
[766] F.-X. PRIOLLAUD et D. SIRITZKI, *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens*, Paris, La Documentation française, 2008, p. 476-477.
[767] CJUE, 28 février 2013, aff. C-334/12 RX-II, *Arango Jaramillo*, Rec. num., pt. 40 : « il y a lieu de rappeler que le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit de l'Union, qui est aujourd'hui exprimé à l'article 47 de la Charte ».

2. Un principe primarisé

278. Après 1986 et l'arrêt *Johnston*, la Cour a utilisé le principe de protection juridictionnelle effective dans un élan progressiste, qui a pris forme la même année avec l'obligation d'ouvrir une voie de recours[768] contre une décision administrative motivée[769], ou, plus tard, l'obligation d'élargir la notion d'intérêt à agir en cas d'invocation de la directive 76/207[770], ou encore de prendre des mesures provisoires dans l'application du droit douanier communautaire[771]. En 1986, la protection juridictionnelle effective était un principe prétorien dont la seule source découlait d'un faisceau de traditions nationales et d'une Convention qui n'était pas encore formellement rattachée au droit communautaire[772]. Nonobstant le respect requis désormais de la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme, la Cour de l'Union européenne a pu développer avec une relative liberté sa propre conception du droit au juge. Cette liberté prétorienne n'a cependant pas échappé à la « technique de la sédimentation »[773] propre aux droits de l'homme. À ce titre, l'élaboration d'une Charte qui en son article 47 garantit un droit à « un recours effectif devant un tribunal »[774], et l'inscription à l'article 19 paragraphe 1 TUE de l'obligation faite aux États membres d'établir « les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective »[775], changeraient-elles le destin de ce principe ?

279. Notre position sur ce point rejoint celle d'A. Arnull, qui voit dans l'inscription à l'article 19 paragraphe 1 TUE l'obligation pour les juridictions nationales d'appliquer le droit de l'Union en respectant la protection juridictionnelle effective[776]. La Cour de justice, confortée dans sa jurisprudence constante depuis 1986, pourra se saisir de cette inscription pour donner

---

[768] *Heylens*, *op. cit.*, pt. 14.
[769] *Ibid.*, pt. 15.
[770] *Verholen*, *op. cit.*, pt. 24.
[771] CJCE, 11 janvier 2001, aff. C-226/99, *Siples*, Rec. p. I-277, pt. 17.
[772] C'est le traité d'Amsterdam en 1997 qui intègre à l'article 6 du traité instituant la Communauté économique européenne un paragraphe 2 ainsi rédigé : « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».
[773] F. SUDRE, « L'Union européenne et les droits de l'homme. De quelques interrogations... », *op. cit.*, p. 8.
[774] « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article ».
[775] « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».
[776] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 53.

plus de force au principe[777]. À l'évidence, ce nouvel article 19 paragraphe 1 TUE donne encore plus de pertinence à l'appel du professeur C. Blumann, en 2006, à reconnaître à l'Union une compétence générale en matière de droits l'homme[778]. En effet, l'article 19 TUE inclut tous les droits nés des traités, « les domaines couverts par le droit de l'Union », et on peut donc en déduire qu'il peut tout aussi bien s'agir de la Charte des droits fondamentaux elle-même[779]. L'inscription du principe de protection juridictionnelle effective dans le traité conforte par ailleurs le rang de droit primaire accordé aux principes généraux du droit[780]. La doctrine sur l'utilité même des principes généraux du droit de l'Union se partage alors en deux écoles. La première voit dans l'inscription toujours plus explicite de principes généraux dans le droit primaire leur caducité, ces mêmes principes devant céder le pas au désormais droit primaire[781]. Ce serait le cas notamment de l'article 19 paragraphe 1 TUE, ou de l'article 47 de la Charte. Pour cette école, les principes généraux du droit ne sont qu'un média entre la Convention européenne des droits de l'homme et son application[782]. Aujourd'hui, la Convention étant la source de ces principes, et étant elle-même intégrée au traité comme source du droit, c'est à elle seule et non plus à des principes généraux « inutile(s) et démodé(s) »[783] qu'il faudrait se référer. Nous notons, dans ce sens, que dans l'arrêt *Melloni*, la Cour, tout en faisant référence à l'article 47 de la Charte, n'invoque pas la protection juridictionnelle effective, mais le droit à un recours

---

[777] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 368, « It strengthtens the principle of effectiveness and creates expectations from the national law of remedies ».

[778] C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *RAE-LEA*, 2006, n° 1, pp. 11-30. Cependant, dans une contribution ultérieure sur l'article 19 paragraphe 1 TUE, l'auteur ne fait pas directement le lien avec le principe de protection juridictionnelle effective, pourtant bien présent dans l'article du traité : C. BLUMANN, « L'organisation des juridictions de l'Union au lendemain du Traité de Lisbonne », *in* S. MATHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 27.

[779] I. PERNICE, « The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU », *op. cit.*, p. 389. L'auteur reste néanmoins ambigu sur ce point, estimant que le champ de l'article 19 TUE est plus étendu que celui de l'article 47 de la Charte, incluant notamment les droits fondamentaux.

[780] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 68.

[781] Voir notamment les positions en droit français de L. FAVOREU, « L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits », *RFDA*, 1987, p. 264 et s., et B. MERCUZOT, « L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative », *in Cahiers du CURAPP, Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993, p. 185.

[782] F. SUDRE, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », *in* J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 207-220 ; voir aussi J.-F. FLAUSS, « Principes généraux du droit communautaire dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des États membres », *in Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 49-65.

[783] F. SUDRE, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 218.

effectif[784], tel qu'il figure à l'article 47 de la Charte. La protection juridictionnelle effective est-elle devenue du droit primaire non « médiatisé », pour utiliser la terminologie du professeur F. SUDRE ?[785] Est-ce à dire ainsi que l'effectivité de la protection juridictionnelle serait devenue inutile en tant que principe général du droit ?

280. D'autres réfutent cette proposition, allant même jusqu'à la considérer « exagérée »[786]. En effet, « rien dans le droit positif ne sonne le glas des principes généraux du droit »[787]. Sans aller jusqu'à cette affirmation catégorique, nous noterons, à la suite de L. Dubouis, que les traités font aussi référence aux principes généraux du droit, tout comme la Cour de justice, qui ne les a pas abandonnés[788]. Voir l'abondance des références aux principes n'est toutefois pas suffisant pour répondre à la question : des novations comme dans l'arrêt *Melloni* peuvent se reproduire, et être annonciatrices d'un mouvement naissant de *primarisation* du principe général de protection juridictionnelle effective[789]. Nonobstant ces quelques cas, nous ne pouvons conclure à l'inutilité du principe général du droit de protection juridictionnelle effective, au profit du droit au juge tel qu'inscrit dans les traités et dans la Charte. Ce serait dangereux : la Cour ne bénéficierait plus de ce « précieux filet de sécurité » que constituent les principes généraux du droit depuis l'adoption de la Charte[790]. Elle serait en effet dépossédée de son cœur de métier de juge, qui est la protection des libertés dans les rapports personne/pouvoir[791], dans la tradition européenne de justice qui exclut toute déférence absolue envers les Déclarations de droits comme c'est le cas au sein de la Cour Suprême des États-

---

[784] *Melloni*, *op. cit.*, pt. 53.
[785] F. SUDRE, « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 219.
[786] F. DE PAUL TETANG, *La subsidiarité inversée en droit européen*, *op. cit.*, p. 95.
[787] *Ibid.*
[788] L. DUBOUIS, « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 83 ; cette contestation a été relevée par J. GERKRATH, « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'union européenne ? », *RAE-LEA*, 2006, n° 1, p. 34 ; mais aussi par F. DE PAUL TETANG, *La subsidiarité inversée en droit européen*, *op. cit.*, p. 95.
[789] On peut noter, à titre comparatif, que le Conseiller d'État J.-M. Belorgey a pu écrire qu'une « tendance se dessine aujourd'hui, même au contentieux, à se rattacher plus que par le passé aux normes écrites disponibles » : J.-M. BELORGEY, « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'État français », *RA*, 1999, n° 4, p. 82.
[790] J. GERKRATH, « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'union européenne ? », *op. cit.*, p. 43.
[791] J.-M. VARAUT, *Le droit au juge*, Paris, Quai Voltaire, coll. « Parti pris », 1991, p. 237.

Unis[792]. Un droit fondamental ajoute un droit subjectif au droit objectif[793], certes, mais *sans droit pas de droits*, disait Jean-Jacques Rousseau[794]. Ainsi, la liste des droits fondamentaux doit pouvoir rester ouverte, de même que, et surtout, leur contenu doit demeurer perfectible.

281. Quel que soit le statut de la protection juridictionnelle effective, son acceptation large ne peut qu'être une bonne nouvelle pour le respect du droit. Dès lors, ce principe peut tout à fait s'appliquer aux règles de procédure, qui n'ont aucune raison d'y être soustraites, tant le respect du droit est la première barrière au « dépérissement de l'humanité en l'homme »[795].

B. Une application aux procédures nationales

282. Le principe de protection juridictionnelle effective est sans conteste un principe procédural (1), et l'application par la jurisprudence en fait la démonstration (2).

1. Un principe procédural

283. Nul doute que le principe de protection juridictionnelle effective est un principe procédural qui, par conséquent, trouve à s'appliquer dans les situations de mise en œuvre procédurale du droit de l'Union devant le juge national. Il s'agit d'un *droit au juge* , d'un droit de disposer d'une institution juridictionnelle compétente pour trancher un litige. Si on considère d'abord l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la doctrine s'accorde à dire qu'il s'agit certainement et avant tout d'une garantie procédurale[796], de même pour l'article 13[797]. La même remarque peut être faite pour la protection juridictionnelle effective développée par la Cour de justice, qui porte sur les *remedies* et règles procédurales applicables aux juridictions nationales[798]. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, ce principe général a une signification propre, que P. Gilliaux met en lumière lorsqu'il place sous

---

[792] Sur ce point, et pour plus de développements sur les enjeux de la substitution d'un texte à un principe général du droit, voir la thèse de J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003, 766 p, pp. 31-33.
[793] E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, juillet/août 1998, numéro spécial, p. 15.
[794] J.-J. ROUSSEAU, *Le Contrat social,* 1762, Livre II, Chapitre VI.
[795] J.-M. VARAUT, *Le droit au juge*, *op. cit.*, p. 235.
[796] L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2006, p. 19.
[797] Pour les deux articles 6, paragraphe 1 et 13 de la Convention: F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11ème éd., 2012, PUF, respectivement p. 384 et p. 411 ; et J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2ème éd., 2012, LGDJ, respectivement p. 428 et p. 404.
[798] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 51. Voir, pour la différence entre droit au juge, accès au juge, droit à un recours effectif, ou droit à un tribunal V. DONIER, B. LAPÉROU-SCHENEIDER et J.-P. JEAN (dirs.), *L'accès au juge: recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 32-36.

la notion de protection juridictionnelle effective deux éléments, qui sont d'une part le *droit à un juge* compétent pour statuer sur les contestations relatives aux droits subjectifs, et d'autre part le *droit à un procès équitable*[799]. En droit de l'Union, le premier élément, le *droit au juge*, occupe une place centrale, le droit à un procès équitable dans la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union ne faisant, lui, que peu l'objet de renvois préjudiciels[800].

284. Afin de démontrer la prévalence de la revendication d'un *droit au juge* dans la jurisprudence relative à la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union, nous pourrions rappeler les cas pertinents, par une énumération certes peu littéraire mais qui permettra de saisir l'envergure du principe. La Cour de justice, quelle que soit l'interprétation qu'elle en a donné, a donc été amenée à se prononcer sur la conformité des procédures suivantes : le droit au recours pour faire valoir une discrimination[801] ; les modalités de recours d'une salariée enceinte licenciée en violation du droit de l'Union[802] ; le droit à un recours contre un acte administratif motivé[803] ; les modalités de désignation de la juridiction compétente[804] ; le droit à des mesures provisoires[805] ; l'effet suspensif des recours[806] ; la responsabilité de l'État du fait d'une décision juridictionnelle[807] ; l'existence d'un recours autonome pour apprécier la conformité d'une disposition nationale au regard du droit de l'Union[808] ; la compétence du juge national pour recevoir un recours entre l'expiration du délai de transposition d'une directive et l'entrée en vigueur de la loi nationale de transposition[809] ; l'obligation de mettre en œuvre une procédure préalable de conciliation avant d'exercer un recours[810] ; l'intérêt à agir pour l'invocation d'une directive[811], qu'il s'agisse d'une association soumissionnaire dans le cadre de l'attribution d'un marché public[812], ou d'une association de protection de l'environnement dans le cadre de la

---

[799] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 42. V. *contra* D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », *op. cit.*, p. 108.
[800] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 281.
[801] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 18.
[802] *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 43.
[803] *Heylens*, *op. cit.*, pts 14 et 15.
[804] *Dorsch Consult*, *op. cit.*, pt. 40.
[805] *Siples*, *op. cit.*, pt. 17.
[806] *Commission c. France (Scott I)*, *op. cit.*, pt. 55.
[807] *Köbler*, *op. cit.*, pt. 47.
[808] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 37.
[809] *Impact*, *op. cit.*, pt. 43.
[810] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 62.
[811] *Verholen*, *op. cit.*, pt. 24.
[812] *Club Hotel Loutraki*, *op. cit.*, pt. 73.

Convention d'Aarhus[813] ; le droit à l'aide juridictionnelle pour une personne morale[814], ou dans le cadre de l'application du règlement 44/2001[815], la durée d'un délai de forclusion[816] ; le montant des dépens[817] ; ou encore l'étendue de la compétence d'une juridiction chargée du contentieux du versement d'aides agricoles[818]. Le volet *droit à un procès équitable*, lui, a fait l'objet de moins d'attention, tout de même pouvons-nous relever la question du respect du droit d'être entendu, ou encore du principe du contradictoire, qui font tous deux partie des droits de la défense, ce dernier étant une exigence d'une protection juridictionnelle effective[819].

2. Une application univoque au droit interne

285. L'action du principe de protection juridictionnelle effective dans la jurisprudence de la Cour de justice relative à la mise en œuvre procédurale nationale du droit de l'Union ne fait pas de doute[820], et elle peut être illustrée par un exemple montrant ses conséquences procédurales dans l'application d'un droit substantiel. Pour ce faire, l'arrêt *Agrokonsulting* du 27 juin 2013 sur renvoi du tribunal administratif de Sofia, est un exemple typique de l'insertion dans la grille d'analyse de la Cour de justice du principe de protection juridictionnelle effective en tant que principe d'encadrement de la compétence procédurale du juge national. En l'espèce, il s'agissait de savoir si un tribunal au territoire de compétence normalement limité pouvait être désigné comme compétent pour recevoir toutes les contestations relatives au versement des aides au titre de la politique agricole commune émanant de l'ensemble du territoire de l'État membre. La question posée par le juge bulgare portait alors bien sur une règle procédurale interne, ce que la Cour de justice reconnaît depuis longue date, en ce qui concerne la désignation des juridictions nationales compétentes. Il suffit de se rappeler qu'il a été à plusieurs reprises imposé aux États membres de respecter le droit de l'Union dans le cadre de cette compétence « *procédurale* », qui est susceptible de « *rendre excessivement difficile* » l'exercice des droits

---

[813] CJUE, 8 mars 2011, aff. C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, Rec. p. I-1255, pt. 50.
[814] *DEB*, *op. cit.*, pt. 29.
[815] CJUE (ord.), 13 juin 2012, aff. C-156/12, *GREP*, Rec. num., pt. 37.
[816] *Pelati*, *op. cit.*, pt. 30.
[817] CJUE, 11 avril 2013, aff. C-260/11, *Edwards*, Rec. num., pt. 38.
[818] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 59.
[819] Voir respectivement CJUE, 10 septembre 2013, aff. C-383/13 PPU, *G. et R.*, Rec. num., pt. 35 ; et *Banif Plus Bank*, *op. cit.*, pt. 29.
[820] I. PERNICE, « The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU », *op. cit.*, p. 382, qui dit à ce propos que « no institution in Europe has taken effective remedies and the defence of the rights and freedoms quaranteed by the law of the Union more seriously than the ECJ during its 60 years of existence ».

des justiciables[821]. Dans l'affaire bulgare donc, la Cour devait déterminer si le droit de l'Union s'oppose à une réglementation qui concentre une partie du contentieux agricole au sein d'une seule juridiction, considérant que le souci identifié dans ce genre de règle est la distance jusqu'au tribunal de Sofia que pourrait avoir à parcourir un justiciable qui voudrait faire valoir ses droits[822]. L'encadrement de cette compétence procédurale par la Cour est alors opéré grâce aux outils que sont l'équivalence, l'effectivité, et la protection juridictionnelle effective exprimée à l'article 47 de la Charte[823]. Le raisonnement porte essentiellement, sinon exclusivement, sur le respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Ainsi, après avoir constaté qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation telle que celle en vigueur en Bulgarie, la Cour conclut que par conséquent le principe de protection juridictionnelle effective n'est pas enfreint[824]. En effet, la distance qui sépare le requérant au principal du tribunal de Sofia dans le cas d'espèce peut aisément être compensée par le fait que, en cas de difficulté, il peut se faire représenter par toute personne qu'il désignerait, voire éventuellement bénéficier d'une aide juridictionnelle afin de profiter des services d'un avocat. Ces éléments, combinés au fait que les dépens lui seront remboursés s'il obtient gain de cause, et que la charge de prouver la légalité de l'acte pèse sur l'administration, ont été pris en compte pour éviter un blâme de la procédure nationale. Il faut tenir compte aussi du fait que cette règle interne a des effets bénéfiques, dont notamment une spécialisation technique de la juridiction qui permet une interprétation uniforme du droit et un jugement plus rapide des litiges. Par conséquent, la règle de procédure interne n'est pas contraire à l'effectivité du droit de l'Union, et par suite n'est pas contraire non plus au principe de protection juridictionnelle effective[825].

286. Cet exemple montre, s'il en était besoin, que le principe contenu à l'article 47 de la Charte est un principe procédural, d'une part, et qu'il s'applique dans les cas d'encadrement de la compétence procédurale des États membres de l'Union européenne, d'autre part. Cette

---

[821] Voir par exemple l'arrêt de grande chambre *Impact*, *op. cit.*, pt. 53. La Cour y affirme que « *l'obligation de scinder leur recours en deux demandes distinctes et d'introduire celle directement fondée sur ladite directive devant une juridiction ordinaire conduit à des complications procédurales de nature à rendre excessivement difficile l'exercice des droits que confère aux intéressés l'ordre juridique communautaire* ». Voir aussi les arrêts *Piercarlo Bozzetti*, *op. cit.*, pt. 17 ; *SEIM*, *op. cit.*, pt. 32 ; *Dorsch Consult*, *op. cit.*, pt. 40 ; CJCE, 21 octobre 1998, aff. C-10/97, *IN.CO.GE*, Rec. p. I-6307, pt. 14 ; ou encore CJCE, 12 décembre 2002, aff. C-470/99, *Universale-Bau e. a.*, Rec. p. I-11617, pt. 42.

[822] Dans le cas présent le requérant au principal, un agriculteur du nord de la Bulgarie, est situé d'après nos calculs à 250 kilomètres à l'est de Sofia.

[823] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pts 36 et 59 de l'arrêt.

[824] *Ibid.*, pt. 60.

[825] *Ibid.*, pt. 60.

possibilité peut alors se muer en tendance, telle que la signale F. de Paul Tetang dans sa thèse sur la subsidiarité inversée, qui écrit que « la nécessité d'assurer le respect des droits fondamentaux, qui constituent désormais non plus de simples moyens de réalisation des objectifs économiques mais des principes constitutionnels, conduit la Cour de justice à bousculer davantage certaines règles de procédure »[826]. Ainsi, le principe de protection juridictionnelle effective peut jouer pleinement son rôle d' « encadrement »[827] de ces règles de procédure.

287. Il ne fait donc aucun doute que le principe général du droit de protection juridictionnelle effective est un principe procédural, et qu'il ne s'applique pas qu'aux règles procédurales relatives à l'administration directe du droit de l'Union, mais aussi à son administration indirecte. Déjà, à propos de l'arrêt *Verholen* du 11 juillet 1991[828], A. Barav considérait que la compétence procédurale nationale était limitée par l'exigence de protection juridictionnelle effective[829]. Jouant ainsi un rôle dans la mise en œuvre du droit de l'Union par les modalités procédurales des juridictions des États membres, le principe de protection juridictionnelle peut alors déployer tous ses effets, et tenter de renforcer l'encadrement de la compétence procédurale.

---

[826] F. DE PAUL TETANG, *La subsidiarité inversée en droit européen*, *op. cit.*, p. 152, à propos de l'arrêt *Kreil*, *op. cit.*

[827] D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », *op. cit.*, p. 107, utilise justement ce terme à propos du procès équitable.

[828] *Verholen*, *op. cit.*, pt. 24.

[829] A. BARAV, « The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts », *op. cit.*, p. 261.

II – Un renforcement en devenir de l'encadrement de la compétence procédurale

288. La Cour de justice fait une utilisation ancienne, constante et approfondie de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Depuis l'arrêt *Nold*[830], la Convention est omniprésente sur le Plateau du Kirchberg. Or, il est un pan de sa jurisprudence, celui relatif à la compétence procédurale des États membres, qui échappe à cet enthousiasme dialogique, et qui même déçoit au regard des potentialités offertes par un principe commun aux deux Europe, le droit au juge. La timidité dans l'exploitation des objectifs d'intérêt général tels qu'utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme (A), ne peut pas cacher néanmoins un renforcement certain de l'encadrement de la compétence procédurale grâce au principe de protection juridictionnelle effective (B).

A. Une timide exploitation des objectifs d'intérêt général de la Cour européenne des droits de l'homme

289. La Cour de justice n'a pas, à ce jour, pris la mesure des possibilités offertes par le droit de la Convention, dès lors qu'elle fait appel à un principe qui existe dans les deux ordres juridiques. La faiblesse des références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme demeure néanmoins (1), malgré le rendu d'un arrêt retentissant en 2010, qui n'a eu qu'une postérité limitée (2).

1. La faiblesse des références à la jurisprudence conventionnelle

290. Dans le contentieux relatif à la mise en œuvre procédurale juridictionnelle du droit de l'Union, la Cour de justice utilise relativement peu la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'affaire dite *Alassini* est un exemple rare de ce qui est rendu possible par la mixité prétorienne entre la Cour européenne et la Cour de justice[831]. Cette affaire est en réalité une jonction de plusieurs cas à l'initiative de consommateurs en Italie abonnés à des opérateurs de téléphonie. Ces abonnés étant en conflit avec leur fournisseur, ils ont introduit un recours juridictionnel devant le Giudice di pace, alors que, d'après le droit italien, une procédure extrajudiciaire préalable aurait dû être engagée devant le Comité régional des communications. Or, le Comité du for territorial en question n'était toujours pas créé au moment du litige, si bien que les requérants devaient se porter devant d'autres Comités régionaux, dont la conformité

---

[830] *Nold*, *op. cit.*, pt. 13.

[831] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.* Voir AUBRY H., POILLOT E., SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *D.*, 2011, p. 974 ; COUTRON L., *RTD eur.*, 2010, p. 599 ; FRICERO N., *D.*, 2011, p. 265 ; MICHEL V., *Europe*, n. 5, mai 2010, p. 36.

aux principes du droit de l'Union n'aurait pas été vérifiée[832]. Dans de telles circonstances, qui obligent des consommateurs à engager une procédure de conciliation extrajudiciaire auprès d'un Comité situé en dehors de leur région, et dont la conformité aux principes du droit de l'Union n'est pas établie, le Giudice di pace a sursis à statuer et posé une question préjudicielle à la Cour, demandant notamment si la législation italienne n'était pas susceptible de contrevenir au droit de l'Union. Plus précisément, la question posée par le juge italien, et reformulée par la Cour de justice, consiste à savoir si « *l'article 34 de la directive « service universel » et le principe de protection juridictionnelle effective doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle les litiges en matière de services de communications électroniques entre utilisateurs finals et fournisseurs de ces services, relevant des droits conférés par cette directive, doivent faire l'objet d'une tentative de conciliation extrajudiciaire obligatoire comme condition de recevabilité des recours juridictionnels* »[833]. Il est remarquable que la reformulation de cette question ait eu pour conséquence de changer l'invocation par le juge de renvoi de « *l'article 6 de la CEDH* » en « *droit à une protection juridictionnelle effective consacré par l'article 6 de la CEDH »* par la Cour de justice, cette dernière finissant par écarter définitivement la référence au texte conventionnel pour ne plus faire appel enfin qu'au « *principe de protection juridictionnelle effective* »[834]. Ce glissement, que nous ne pouvons considérer comme fortuit, montre la volonté de la Cour d'imposer les principes d'encadrement de la compétence procédurale nationale propres au droit de l'Union, que sont l'équivalence, l'effectivité, et la protection juridictionnelle effective.

291. C'est donc tout naturellement que la quatrième chambre de la Cour s'élance sans coup férir dans l'interprétation de ces trois principes[835]. Or, et nous voyons là l'intérêt majeur de cet

---

[832] L'article 34, paragraphe 1 de la directive 2002/22 relative à la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques aux utilisateurs finals, prévoit que « Les États membres veillent à ce que des procédures extrajudiciaires transparentes, simples et peu onéreuses soient mises à disposition pour résoudre les litiges non résolus auxquels sont parties des consommateurs et qui concernent des questions relevant de la présente directive. Les États membres prennent des mesures pour garantir que ces procédures permettent un règlement équitable et rapide des litiges et peuvent, lorsque cela se justifie, adopter un système de remboursement et/ou de compensation ». La directive renvoie par ailleurs à la recommandation 98/257/CE concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, et détaille les exigences du droit de l'Union dans l'établissement et le fonctionnement des méthodes de conciliation extrajudiciaires.

[833] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 37. La Cour a reformulé la question pour tenir compte notamment de l'inapplicabilité de dispositions invoquées par le juge de renvoi.

[834] *Ibid.*, respectivement pts 21, 31 et 37.

[835] *Ibid.*, voir, à partir du point 46 de l'arrêt : « *Sur les principes d'équivalence et d'effectivité ainsi que le principe de protection juridictionnelle effective* ».

arrêt, la référence du juge de renvoi à la Convention des droits de l'homme n'aura pas été vaine. La Cour de justice intègre en effet pour la première fois le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme relatif aux articles 6 et 13, dans l'interprétation du principe de protection juridictionnelle effective de l'article 47 de la Charte. Cette intégration est annoncée par l'assimilation des trois sources – la Convention, le principe général et la Charte –, en rappelant que la protection juridictionnelle effective « *découle* » des traditions constitutionnelles communes et des article 6 et 13 de la Convention[836], et que ce principe général a été « *réaffirmé* » à l'article 47 de la Charte[837]. Cette articulation n'est effectivement pas nouvelle, la Cour l'ayant agencée dès 1986 dans l'arrêt *Johnston*[838]. La nouveauté n'est donc pas à rechercher ici.

292. L'apport réside dans le fait que, ayant considéré que les critères d'équivalence et d'effectivité ne pouvaient pas être interprétés dans un sens qui disqualifierait la procédure extrajudiciaire italienne[839], puis estimé néanmoins que l'ajout d'une étape supplémentaire conditionnant la recevabilité d'un recours juridictionnel pouvait porter atteinte au principe de protection juridictionnelle effective, la Cour de justice a admis que des « *objectifs d'intérêt général* » pouvaient restreindre ce principe général[840]. Il est alors renvoyé à l'arrêt *Dokter* de la Cour, mais aussi, et c'est important, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en l'arrêt *Fogarty c. Royaume Uni* du 21 novembre 2001[841], dans un élan de « cross-fertilisation », pour reprendre les mots de N. Bratza[842]. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que le raisonnement qui suit relatif aux objectifs d'intérêt général reprenne celui de la Cour de Strasbourg[843]. Ainsi fut-il considéré que la procédure de conciliation a pour buts le règlement plus rapide et moins onéreux des litiges ainsi que le désencombrement des tribunaux, constituant de nouveaux « *objectifs d'intérêt général légitimes* ». Ainsi fut-il également procédé

---

[836] *Ibid.*, pt. 61.
[837] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 37.
[838] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 18.
[839] La Cour émet cependant des réserves quant à l'interprétation du principe d'effectivité, en estimant que celui-ci ne s'oppose pas à la législation italienne « *pour autant que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès à la procédure de conciliation et que des mesures provisoires sont possibles dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose* », *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 60.
[840] *Ibid.*, pt. 63.
[841] Voir les arrêts CJCE, 15 juin 2006, aff. C-28/05, *Dokter*, Rec. p. I-5431, pt. 75, et CEDH, 21 novembre 2001, req. n. 37112/97, *Fogarty contre Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*, para. 33, cités au point 63 de l'arrêt *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*
[842] N. BRATZA, « The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 167-181.
[843] Ainsi que le dit également dans son commentaire V. MICHEL, *Europe*, n° 5, mai 2010, p. 36.

à un contrôle de proportionnalité de la mesure, qui ne doit pas constituer « *une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis* »[844]. D'après la Cour de justice, le critère de l'entrave minimale était respecté, aucune alternative moins contraignante, notamment une éventuelle procédure de conciliation facultative, n'étant aussi efficace. De même, le critère de proportionnalité *stricto sensu* était également respecté, les inconvénients inhérents à cette procédure extrajudiciaire préalable obligatoire n'étant pas manifestement disproportionnés par rapports aux objectifs de rapidité et de maîtrise des coûts, ainsi que de désencombrement des tribunaux[845].

293. Sans doute serait-il plus approprié de tempérer cette innovation, qui avait déjà été annoncée en creux par la grande chambre dans les arrêts *Unibet* et *Impact* en 2007 et 2008, par l'insertion dans la grille dite « classique » d'analyse de la Cour par les principes d'équivalence et d'effectivité, du principe de protection juridictionnelle effective comme exigence à part entière à leurs côtés[846]. Le fait d'adjoindre un principe général du droit aux critères d'équivalence et d'effectivité devait inexorablement amener le juge à faire jouer à ce principe l'entièreté de son rôle. En procédant de même, mais en hybridant le raisonnement propre à celui de l'encadrement classique de l'équivalence et l'effectivité avec le raisonnement des objectifs légitimes de la jurisprudence de Strasbourg, l'arrêt *Alassini* apparaît ainsi comme une conséquence naturelle de l'intervention du principe de protection juridictionnelle effective dans l'encadrement de la compétence procédurale.

294. Ainsi, s'agissant du droit au juge, étant donné que la Cour considère que, tel que contenu dans l'article 47 de la Charte, il découle de la Convention européenne des droits de l'homme, il n'était pas possible de ne pas intégrer la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, notamment en matière d'objectifs légitimes. En effet, l'article 6, paragraphe 3 TUE tel qu'adopté en 2009 par le traité de Lisbonne réaffirme on ne peut plus explicitement que les principes généraux

---

[844] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 63.
[845] *Ibid.*, pt. 65.
[846] *Unibet*, *op. cit.*, pts 42-43 ; *Impact*, *op. cit.*, pts 45-46. Le professeur V. MICHEL n'y voit d'ailleurs là rien d'anormal pour un principe général du droit. Voir article précité, *Europe*, n° 5, mai 2010, p. 36. Aux points 42 et 43 de l'arrêt *Unibet*, il est par exemple écrit que : « *s'il appartient, en principe, au droit national de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice, le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective […]. À cet égard, les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)* ».

découlent notamment des droits garantis par la Cour européenne des droits de l'homme[847]. De même, « *l'article 52, paragraphe 3, de [la Charte] précise que, dans la mesure où elle contient des droits correspondant à ceux garantis par la CEDH, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère cette convention* »[848]. Par conséquent, dès lors qu'un principe général du droit coïncide avec un droit fondamental contenu à la fois dans la Charte et dans la Convention, son interprétation doit suivre celle de la Cour de Strasbourg, ce principe général découlant lui-même de la Convention et des traditions constitutionnelles communes des États membres. Dans le cas d'espèce, le principe de protection juridictionnelle effective étant l'équivalent de l'article 47 de la Charte et du droit au juge en droit conventionnel, il est naturel que la Cour de justice incorpore l'apport de la jurisprudence de Strasbourg. Ce processus, s'il est nouveau dans la jurisprudence relative à la compétence procédurale nationale, ne l'est pas en revanche dans le reste de la pratique de la Cour. Après la référence explicite au droit de la Convention en tant qu'exigence à la charge des institutions communautaires[849], la Cour de justice a utilisé le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les objectifs légitimes d'intérêt général dès la fin des années 80[850].

295. Néanmoins, ici encore nous sommes forcés de relativiser l'apport qu'a pu constituer l'arrêt *Alassini*, non pas du point de vue de la jurisprudence précédente, qui avait quelque peu annoncé cette affaire, mais du point de vue de la jurisprudence postérieure, qui n'a pas véritablement pérennisé le raisonnement nouveau.

---

[847] « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

[848] *DEB*, *op. cit.*, pt. 35. L'article 52, paragraphe 3 de la Charte se lit effectivement ainsi : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention […] ».

[849] *Nold*, *op. cit.*, pt. 13.

[850] Voir notamment l'arrêt CJCE, 11 juillet 1989, aff. 265/87, *Hermann Schräder*, Rec. p. 2263, pt. 15.

2. Une postérité limitée

296. Par la suite, l'arrêt *DEB* rendu quelques mois plus tard devait, en ne faisant usage que de la seule protection juridictionnelle effective, incorporer le raisonnement relatif aux objectifs légitimes propre à la Cour européenne des droits de l'homme[851]. La mise à l'écart des principes classiques d'équivalence et d'effectivité est-il un *aboutissement* de la logique induite par l'arrêt *Unibet* et approfondie par l'arrêt *Alassini* ? La réponse à cette question ne peut être qu'incertaine, tant les récidives dans ce sens font défaut. L'hypothèse de l'*aboutissement*, qui permet de substituer le principe de protection juridictionnelle effective aux critères d'équivalence et d'effectivité, ne peut donc être vérifiée. Il faut également prendre en compte le fait que le juge rapporteur dans cette affaire, dont l'arrêt est rendu par la deuxième chambre, est le juge Rosas, dont la position à l'égard de l' « autonomie procédurale » telle qu'élaborée par les arrêts historiques *Rewe* et *Comet* est très critique[852]. La préférence ainsi donnée à l'utilisation exclusive du principe général du droit au détriment des principes d'équivalence et d'effectivité y doit probablement une part de son explication. Par la suite, seule une ordonnance a fait à nouveau mention de la protection juridictionnelle effective en même temps que de possibles « *buts légitimes* » pouvant justifier une atteinte audit principe[853], mais cette ordonnance reprend le raisonnement de l'arrêt *DEB*, dont la question préjudicielle est identique[854]. L'éventuelle confirmation de l'hypothèse de l'aboutissement manquerait donc de substance, en l'absence de réitération dans un cas différent. Ainsi, la jurisprudence post-*Alassini* n'a pas donné lieu à une stabilisation d'une grille d'analyse *hybridée*.

297. Cependant, si le raisonnement *Alassini* n'a pas eu une postérité remarquable, la présence du principe de protection juridictionnelle effective aux côtés de l'équivalence et de l'effectivité

---

[851] *DEB*, *op. cit.*, pt. 47. La Cour énonce que « *S'agissant de l'aide judiciaire sous la forme d'une dispense de payer les frais de procédure ou une* cautio judicatum solvi *avant l'introduction d'une action en justice, la Cour européenne des droits de l'homme a de même examiné l'ensemble des circonstances afin de vérifier si les limitations appliquées au droit d'accès aux tribunaux n'avaient pas atteint le droit dans sa substance même, si elles tendaient à un but légitime et s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ».

[852] Le juge exprime ainsi dans l'ouvrage coécrit avec L. Armati que l'expression d' « autonomie procédurale » résulte d'un « malentendu » : A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, *op. cit.*, p. 272.

[853] *GREP*, *op. cit.*, pts 40-42.

[854] L'ordonnance est rendue en vertu de l'article 104, paragraphe 3, premier alinéa du règlement de procédure, qui autorise une telle procédure « *lorsqu'une question préjudicielle est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué ou lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence* », *Ibid.*, pt. 29.

dans la jurisprudence relative à la compétence procédurale nationale a bel et bien été exploitée, avec des conséquences sur la solution des litiges.

B. Les prémices d'un renforcement de l'encadrement

298. Comme nous l'avons dit, le principe d'effectivité est pour la primauté du droit de l'Union plus un frein qu'un facilitateur[855]. Des exemples dans la jurisprudence montrent ainsi, à l'inverse, que l'intervention de la protection juridictionnelle effective peut aboutir à une interprétation du droit de l'Union plus exigeante pour la procédure nationale[856], étant un principe dont les limites ne sont pas encore visibles[857]. Il ne faut pas perdre de vue cependant qu'un principe général du droit ne peut pas tout, et surtout pas apporter une solution particulière à une lacune procédurale, cela relevant du pouvoir discrétionnaire du décideur en dernier ressort qui lui, doit apporter la solution[858].

299. Néanmoins, malgré le « degré élevé de généralité et d'abstraction »[859] inhérent à un principe, la protection juridictionnelle effective permet d'aller plus loin que l'encadrement classique. Il n'y a qu'à voir la différence de solution entre l'arrêt *Croisières du Beurre* en 1981[860], qui n'a pas été capable de pousser à la création d'une nouvelle voie de droit interne, et l'arrêt *Unibet* en 2007, dans lequel la protection juridictionnelle effective entrouvre la voie à une constatation de la violation du droit de l'Union[861]. L'effectivité de la protection juridictionnelle ouvre alors la voie au droit à un juge, certes, mais à un « bon juge »[862].

300. De même, dans ses conclusions dans l'affaire *Agrokonsulting*, l'avocat général Y. Bot demandait à ce que seul le principe de protection juridictionnelle effective soit interprété, et non les principes d'équivalence et d'effectivité[863]. Il en concluait que le fait qu'un demandeur devait se déplacer jusqu'à un tribunal d'un autre ressort territorial pour contester un acte

---

[855] Voir ci-dessus Titre I, Chapitre II, Section 2, II-A.
[856] N. FENNELLY, « The National Judge as Judge of the European Union », *op. cit.*, p. 71.
[857] I. PERNICE, « The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU », *op. cit.*, p. 382, « It seems far from clear, however, what exactly the extent and limits of the guarantees spelled out in this provision are ».
[858] J. BENGOETXEA, « Principia and Teloi », *op. cit.*, p. 69.
[859] B. JASTRZEBSKA, « Le principe de respect de l'identité nationale des États membres - signification incertaine d'une disposition ambitieuse », *op. cit.*, p. 163.
[860] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 55 ; *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH (Croisières du beurre)*, *op. cit.*, pt. 44.
[861] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 64.
[862] G. GUILLAUME, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 17.
[863] Voir les points 29 à 32 des conclusions rendues le 14 mars 2013, dans l'affaire *Agrokonsulting*, *op. cit.*

administratif pouvait être contraire à l'exigence d'une protection juridictionnelle effective si la procédure nationale entravait de manière excessive l'accès du justiciable au tribunal[864]. La Cour ne l'a pas pleinement suivi sur ce point, préférant d'abord interpréter les principes d'équivalence et d'effectivité, pour considérer sans réserve enfin que le principe d'effectivité n'exigeait pas de disposer d'un tribunal à une distance plus raisonnable du demandeur[865]. La même opposition a pu être vue entre les juges et l'avocat général dans l'affaire *Sintax Trading*, à propos des compétences des autorités douanières, le second proposant aux premiers de s'appuyer sur la protection juridictionnelle effective pour rejeter le système procédural national, alors que le choix de la Cour finalement d'opter pour l'encadrement par l'effectivité a assoupli sa position[866].

301. Dans l'arrêt *DEB*[867], c'est le contraire qui s'est produit. Alors que l'avocat général P. Mengozzi analysait la mesure nationale sous l'angle de l'équivalence et de l'effectivité, la Cour, elle, s'est placée sur le terrain de la seule protection juridictionnelle effective[868]. La conséquence en a été l'interprétation selon laquelle une personne morale doit pouvoir bénéficier de l'aide juridictionnelle. Dans ses conclusions, l'avocat général avait choisit la solution opposée[869], accordant une plus grande liberté à l'État membre.

302. À l'évidence donc, et sans que cela fasse l'objet de débat, le principe de protection juridictionnelle effective, principe procédural, est un de ces principes qui, aux côtés de l'équivalence et de l'effectivité, permettent à la Cour de justice de réguler la répartition de l'exercice de la compétence procédurale entre elle-même et les juridictions nationales. Or, nous avons vu précédemment que le principe d'effectivité entre en jeu dans des cas qui, désormais, nous semblent relever tout autant de la protection juridictionnelle, si bien que la frontière entre

---

[864] Conclusions *op. cit*., pt. 49.
[865] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 58.
[866] Voir le commentaire sur ce point de A. BOUVERESSE, *Europe*, juin 2014, comm. 252 : « L'avocat général proposait ainsi à la Cour de s'appuyer sur l'article 47 de la charte des droits fondamentaux dont l'interprétation à la lumière de l'article 6 de la CEDH devait le conduire à considérer qu'une telle procédure ne pourrait être conforme à ces exigences que sous réserve d'être « expressément prévue par la loi, que les autorités douanières agissent d'une manière propre à assurer leur indépendance et leur impartialité, que le droit d'être entendu soit respecté et qu'un recours juridictionnel soit ouvert » (pt 56). La Cour, après avoir relevé, que l'autonomie devait s'exercer dans le respect des principes d'effectivité et d'équivalence des conditions imposera, plus souplement, l'exigence d'un recours assurant la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union à l'encontre des décisions prises en la matière par l'autorité douanière ».
[867] *DEB*, *op. cit.*
[868] Voir respectivement le point 48 et suiv. des conclusions rendues le 2 septembre 2010, et l'arrêt *DEB*, *op. cit*., pt. 33.
[869] Voir respectivement l'arrêt *DEB*, *op. cit*., pt. 59, et le point 101 des conclusions.

ces notions est devenue incertaine. À cette contingence s'ajoute les relations, indéterminées, qu'entretiennent effectivité et protection juridictionnelle effective.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

303. La démocratisation de l'Union passe par l'Union de droit, or cette Union de droit est tributaire du comblement par le juge des lacunes des traités, notamment pas les principes généraux du droit. Parmi eux, le droit au juge occupe une place de choix, car il est ce droit procédural, cet accès à un tribunal qui permet dans la conception kelsenienne à un sujet de droit de rappeler à un autre ses obligations. Le droit à une protection juridictionnelle effective est ainsi une condition *sine qua non* de l'Union de droit, et il n'y a pas de surprise à le voir aujourd'hui élevé au rang de méta-principe, qui charpente en tant que principe général un ordre juridique[870]. À côté de ce pouvoir procédural, l'effectivité est inaccessible au statut de principe général, confinée au grade de critère. À l'opposé du spectre normatif, le droit au juge est un principe résolument primarisé depuis l'adoption de la Charte et la force obligatoire qui lui a été donnée par le traité de Lisbonne. Serait-ce à dire que ce droit ne serait plus un principe général du droit mais une simple disposition des traités ? Si la question a été soulevée et la position soutenue, engager ce droit fondamental dans cette voie de la solidification textuelle serait risqué. La Cour ne pourrait plus compter sur la souplesse de ce « précieux filet de sécurité » que constituent les principes généraux du droit[871]. L'adaptabilité dans l'interprétation d'un principe est une nécessité pour le juge, surtout lorsque celui-ci n'est pas l'unique voie de la mise en œuvre du droit de l'Union sur le continent. On sait l'importance que le Conseil d'État français attache à dégager un principe général du droit issu du code du travail ou du code civil, afin d'avoir les coudées plus franches pour en interpréter le sens et la portée[872].

304. Parmi les institutions des Communautés, la Cour de justice fut à l'avant-garde de la protection des particuliers par la voie des principes généraux du droit, prenant alors les devant du législateur, qui a pour habitude dans ce domaine de venir constitutionnaliser les innovations de la Cour de justice[873]. En intégrant les principes généraux à sa jurisprudence, la Cour de

---

[870] Selon l'expression de J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 97, à propos des principes généraux du droit.

[871] J. GERKRATH, « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'union européenne ? », *op. cit.*, p. 43.

[872] Par exemple, le Conseil d'État a reconnu un principe général du droit tiré de l'article L 122-42 du code du travail dans l'arrêt CE, 1er juillet 1988, req. n. 66405, *Billard et Vole*, interdisant à l'employeur d'infliger une sanction pécuniaire à ses salariés. Une position comparable, à propos des principes généraux tirés du code civil, a été défendue par le conseiller d'État M. Guyomar lors d'une conférence tenue à l'École de droit de la Sorbonne le 4 mars 2015.

[873] X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 69.

justice en a tiré la conséquence naturelle qui consiste à faire une utilisation circonstanciée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par conséquent des *objectifs d'intérêt général* qui permettent à un État de profiter d'une marge d'appréciation plus importante dans la mise en œuvre d'un principe garanti par la Convention, et par conséquent encore, d'un contrôle de proportionnalité de l'atteinte par rapport à l'objectif légitime invoqué par l'État membre. L'arrêt *Alassini*, qui a été le premier à procéder, dans la répartition de la compétence procédurale, à cette technique de « cross-fertilisation »[874], n'a pas eu une postérité remarquable, et la question de son intérêt pour l'avenir se pose sérieusement. La volonté de la Cour de justice de procéder à une banalisation de l'utilisation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est remise en question, et la relation que le droit au juge, au sens de ces deux juridictions, avec les autres critères comme l'effectivité est elle aussi mise en doute.

[874] N. BRATZA, « The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights », *op. cit.*

CHAPITRE II – UN AGENCEMENT INCERTAIN AVEC LES CRITÈRES D'ENCADREMENT DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE

305. La protection juridictionnelle effective, lorsqu'elle est apparue formellement en 1986, n'a pas pour autant remplacé les formulations qui l'avaient précédée[875] : protection directe et immédiate[876], protection effective[877], protection juridique effective[878], efficacité des recours[879]. Que dire également de l'emploi par la Cour de justice aux côtés de l'*effectivité*, tantôt de l'*efficacité*, tantôt de l'*effet utile* ? L'utilisation d'un vocabulaire varié vérifie-t-il ainsi l'affirmation selon laquelle « chaque notaire porte en soi les débris d'un poète »[880] ? Les rapports avec ces autres notions devront être éclairés. Néanmoins, il est possible que les choix terminologiques de la Cour n'aient pas d'influence réelle sur la conception qu'elle se fait de l'obligation de coopération loyale des États membres[881]. Bon an mal an, ces terminologies ont perduré, rendant périlleuse la distinction entre le principe général du droit et le critère d'effectivité. La Cour de justice et la doctrine peinent à mettre de l'ordre dans le florilège des termes, et le cas des rapports entre effectivité et un principe général du droit tel que la protection juridictionnelle effective ne permet pas une lecture plus rigoureuse. Selon toute vraisemblance, il apparaît qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les notions propres à garantir une mise en œuvre acceptable du droit de l'Union, laissant alors apparaître une place variable de la protection juridictionnelle effective à l'égard de l'effectivité **(Section 1)**. Malgré tout, cela ne doit pas gêner la proposition d'un critère de distinction des situations relevant de chacun des deux outils, et donner à la protection juridictionnelle effective une place à stabiliser **(Section 2)**, ce critère pouvant être recherché dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

[875] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 289.
[876] *Salgoil*, *op. cit.*
[877] *Piercarlo Bozzetti*, *op. cit.*, pt. 17.
[878] *Von Colson*, *op. cit.*
[879] *Rheinmühlen*, *op. cit.*, pt. 2.
[880] G. FLAUBERT, *Madame Bovary*, Gallimard, coll. Folio (éd. 2001), p. 379.
[881] Voir F. COUVEINHES, *L'effectivité en droit international public*, *op. cit.*, qui évoque même le terme d'effet utile comme équivalent potentiellement aux deux autres expressions.

Section 1 – Une place variable à l'égard de l'effectivité

306. L'intervention du principe de protection juridictionnelle effective a bouleversé la grille d'analyse de la Cour de justice lorsque entre en jeu la compétence procédurale des États membres. Apparu en 1986 avec l'arrêt *Johnston*, ce principe concurrence directement le critère d'effectivité en apparaissant à ses côtés. Or, la substitution de l'un à l'autre qui aurait pu être attendue n'a vraisemblablement pas eu lieu, et la Cour de justice joue quelque peu sur l'incertitude qui règne désormais sur les rapports entre le critère d'effectivité et le principe de protection juridictionnelle effective (II). La doctrine, chargée d' « ordonner la complexité »[882], en sort fondamentalement divisée, orpheline de tout consensus (I), si bien qu'il n'y a qu'une seule certitude : « *Rewe* is certainly not dead »[883].

I. L'absence de consensus dans la doctrine

307. Le critère d'effectivité a quelque chose à voir avec le principe général de protection juridictionnelle effective[884]. Le professeur F. Picod énumère, au fil de sa contribution à l'ouvrage dirigé par J. Rideau, *Le droit au juge dans l'Union européenne*[885], une série d'affaires dans lesquelles la Cour de justice a utilisé, selon lui, le droit au juge pour l'interprétation du droit issu des traités[886]. En incluant dans ce droit au juge des modalités procédurales telles que les conditions de délais, l'exigence de la mise en œuvre d'une autre voie de droit, les restrictions imposées en cours d'instance, ou la charge et les modalités de preuve, l'auteur assimile ouvertement le principe de protection juridictionnelle effective à la détermination de l'exercice de la compétence procédurale. De fait, les arrêts cités tombent tous dans le corpus de notre domaine, un certain nombre d'entre eux faisant appel au surplus aux critères d'équivalence et d'effectivité[887]. Le dédicataire explique d'ailleurs le comblement par le *droit au juge* du vide

---

[882] L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée, Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *op. cit.*, p. 377.
[883] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 289.
[884] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Redefining the Relationship between « Rewe-effectiveness » and Effective Judicial Protection », *Rev. Eur. Adm. L.*, 2011, n° 2, p. 33 : « This relationship has grown increasingly complex ».
[885] J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 p.
[886] F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *op. cit.,* p. 156-160.
[887] La page entre parenthèses renvoi à la page de l'article à laquelle les références aux arrêts peuvent être trouvées : *Rheinmühlen*, *op. cit.*, pt. 5 (p. 154) ; *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5 (p. 155) ; *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 12 ; *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 25 ; *Ferwerda*, *op. cit.*, pt. 10 ; *Ariete*, *op. cit.*, pt. 12 ; *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 12 ; *Emmott*, *op. cit.*, pt. 16 ; *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 12 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Palmisani / INPS*, *op. cit.*,

laissé par les traités, par l'atteinte portée par les voies de droit nationales à l'*efficacité* de la reconnaissance de l'effet direct[888]. Le vice-président de la Cour K. Lenaerts ainsi que D. Arts assimilent eux aussi « pleine effectivité » et protection juridictionnelle effective dans leur ouvrage *Procedural Law of the European Union*[889]. Plus direct, l'ancien juge à la Cour internationale de justice G. Guillaume concluait l'ouvrage collectif auquel avait participé F. Picod en rapprochant explicitement les articles 6 paragraphe 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme des « exigences analogues » posées dans les arrêts *Rewe* et *Comet*[890]. Ce qui est certain, c'est que la délimitation entre le *modèle Rewe* et le principe de protection juridictionnelle effective est vague, si bien qu'il est difficile de prévoir quel test sera appliqué par la Cour[891].

308. Le ralliement le plus nombreux est sans doute celui qui fédère les auteurs autour de la théorie selon laquelle la protection juridictionnelle effective est un des aspects du critère d'effectivité. A. Barav ouvrait par exemple sa contribution « The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of the National Courts » par des mots tout à fait explicites. Laissons-le parler : « Ubiquitous in the case-law of the European Court, the requirement of effective judicial protection of those vested with enforceable Community rights is *one aspect of*, and intimately related to, the theme of effectiveness of Community law »[892]. Il en va ainsi également pour M. Accetto et S. Zleptnig[893], qui au surplus rappellent que le critère d'effectivité a précédé le principe de protection juridictionnelle effective[894]. Chronologiquement en effet, ce que la Cour n'appelait pas encore « effectivité » a d'abord investi la jurisprudence[895], jusqu'à ce que l'arrêt *Johnston* en 1986 vienne approfondir les garanties procédurales fondamentales dues aux particuliers à l'aide de la protection juridictionnelle effective[896]. Dans la même veine, le

---

pt. 28 (p. 156) ; *Barra*, *op. cit.*, pt. 21 ; *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 39 (p. 160) ; *Salgoil*, *op. cit.*, p. 675 (p. 161) ; *Bianco et Girard*, *op. cit.*, pt. 17 (p. 167) ; *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*, pt. 33 ; *Factortame*, *op. cit.*

[888] F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *op. cit.*, p. 143.

[889] K. LENAERTS et D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 85-86, sous note 395.

[890] G. GUILLAUME, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 220.

[891] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Redefining the Relationship between « Rewe-effectiveness » and Effective Judicial Protection », *op. cit.*, p. 33.

[892] A. BARAV, « The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts », *op. cit.*, p. 259 (nous soulignons).

[893] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 388.

[894] *Ibid.*, p. 385.

[895] Voir par exemple les arrêts *Salgoil*, *op. cit.*, p. 675 ; *Rheinmühlen*, *op. cit.*, pt. 2.

[896] F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *op. cit.*, pp. 141-170, qui fait référence au cours de son article à la jurisprudence pré-1986.

professeur O. Dubos considère que le principe de protection juridictionnelle effective agit également au nom du critère d'effectivité[897]. Cette dernière affirmation de la conception filiative entre les deux outils est d'autant plus intéressante qu'elle a lieu, dans le temps – en 2013 –, bien plus tard que celle d'A. Barav – en 1997 –, et de M. Accetto et S. Zleptnig – en 2005. Contemporaine de son analyse, celle du professeur D.-U. Galetta, suit en substance le même raisonnement. Pour l'universitaire italienne, qui consacre un ouvrage entier au phénomène de l' « autonomie procédurale », « le citoyen de l'Union européenne devient un instrument du processus de mise en œuvre du droit de l'Union et du respect de son effet utile »[898]. De manière plus explicite, elle écrit que « l'effectivité du droit de l'Union est toujours la finalité, alors que la protection juridictionnelle effective en est le moyen »[899]. Publiées respectivement en 2011 et en 2013, les contributions de D.-U. Galetta et d'O. Dubos sont ainsi postérieures à l'arrêt *Unibet* du 13 mars 2007, qui a justement fait changé d'avis une partie de la doctrine sur les rapports entre les deux outils d'encadrement. Cette postériorité montre le solide ancrage de la position de l'*accessoire* dans la doctrine.

309. Le prononcé de l'arrêt *Unibet* a, entre autres, affiné la position d'A. Arnull, qui se démarque pourtant de ceux qui tendent à faire de l'un le pendant de l'autre dans les situations menaçant spécifiquement le droit au juge. Ce faisant, il s'oppose ouvertement à la position de l'avocat général Kokott, qui, dans des conclusions rendues en 2010, estimant que « une expression concrète du critère d'effectivité est celui d'une protection juridictionnelle effective » [900], voit ses propos qualifiés de « non conformes à l'arrêt *Unibet* »[901]. Il semblait pourtant être sur la même ligne que les professeurs Picod, Lenaerts et Arts lorsqu'il associait de la même manière le principe général et la jurisprudence dite classique de l'équivalence et de l'effectivité initiée par les arrêts *Rewe* et *Comet*[902]. Sa position fut soumise à évolution cependant, principalement du fait de l'arrêt *Unibet* en 2007, qui l'obligeât à repositionner le principe de

---

[897] O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *op. cit.*, p. 310.
[898] D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, *op. cit.*, p. 21 (nous traduisons).
[899] *Ibid.* (nous traduisons). L'auteure cite alors un auteur italien, qu'elle traduit ainsi : « it's not difficult to see that the principle of effectiveness of community law flashes in the background of the decisions of the Court of Justice also when it refers to the effectiveness of the judicial protection », extrait de S. TARULLO, *Il giusto amministrativo. Studi sull' effectività della tutela giurisdizionale nelle prospettiva europea,* A. Giuffrè, 2004, p. 51.
[900] Point 28 des conclusions rendues le 22 janvier 2009 dans l'affaire CJCE, 30 avril 2009, aff. C-75/08, *Mellor*, Rec. p. I-3799.
[901] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 55, sous note 30.
[902] *Ibid.*, pp. 51-52.

protection juridictionnelle effective non plus en tant qu'équivalent du critère d'effectivité, mais en tant qu'aspect à part entière de l' « autonomie procédurale » des États membres. La jurisprudence la plus récente, lorsqu'il publie son article en 2011[903], et la consécration du principe à l'article 19 paragraphe 1 TUE[904], l'amènent en fin de compte à prévoir une nouvelle revalorisation de la protection juridictionnelle effective : devenue un principe de droit primaire du droit de l'Union[905], elle bénéficierait d'un « statut constitutionnel ». Cette élévation lui permettrait alors de surpasser l' « autonomie procédurale ». En quelque sorte, et pour reformuler cette hypothèse avec nos mots, le principe de protection juridictionnelle effective gagnerait en intensité dans l'encadrement de la compétence procédurale des États membres. La position apparaît cohérente, puisqu'en tant que droit fondamental, le droit au juge est un « régulateur de la construction et du système européen »[906].

310. Or, si la doctrine est à ce point divisée sur le rôle joué par le principe de protection juridictionnelle effective, c'est que la jurisprudence de la Cour de justice ne fait pas montre non plus d'une grande unité sur la question, si bien qu'on peut légitimement se demander si ce principe serait à ce point indomptable qu'il s'apparenterait à un « unruly horse »[907].

II. Une jurisprudence incertaine

311. L'analyse des positions de la Cour de justice, qui montrent une certaine réticence à l'idée de faire du principe de protection juridictionnelle effective un principe directeur qui supplanterait les critères d'équivalence et d'effectivité (A), ne permet pas de conduire à une interprétation définitive de la place du principe général dans la grille d'analyse vis-à-vis des autres notions appelées à guider la bonne mise en œuvre du droit de l'Union (B).

A. Les réticences pour son accession au statut de principe directeur

312. La jurisprudence de la Cour de justice, hésitante et inconstante, ne s'explique que par l'étude séparée des cas traités par la grande chambre, qui fait de l'équivalence et de l'effectivité une expression du principe de protection juridictionnelle effective (1), et des cas traités par les

---

[903] *Impact*, *op. cit.*
[904] « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».
[905] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 68.
[906] J.-J. SUEUR, « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 18.
[907] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 51

chambres, qui montrent une hétérogénéité témoignant d'un débat encore ouvert au sein de l'institution (2).

1. Un principe directeur pour la grande chambre

313. L'arrêt *Unibet*, suivi des arrêts *Impact* et *Lesookranarske*, tous rendus en grande chambre, sont un « large et moderne résumé de la position de principe » de la Cour de justice[908]. En effet, dans ces trois décisions, la Cour de justice a placé le droit à une protection juridictionnelle effective en tant que principe directeur, commandant le respect de l'équivalence et de l'effectivité.

314. Dans la première de ces affaires, la société Unibet propose des jeux et paris principalement sur internet. Elle n'a aucun projet de s'établir en Suède ou d'y organiser des paris, mais souhaite simplement y promouvoir ses services. Elle a donc acheté des espaces publicitaires dans plusieurs quotidiens suédois. L'Inspection suédoise des loteries et jeux de hasard a fait savoir qu'elle avait porté plainte contre ces journaux pour violation de la loi sur les loteries du fait de la publication d'annonces publicitaires pour une société étrangère de jeux. Par la suite, la société Unibet a tenté d'acheter des espaces publicitaires dans plusieurs quotidiens suédois ainsi qu'auprès de stations de radio et de chaînes de télévision, mais elle s'est vu opposer un refus en référence à l'interdiction de la promotion et à la prise de position de l'Inspection. Selon le droit suédois, un recours autonome ne peut pas être exercé en vue de faire constater, à titre principal, la non-conformité d'une disposition nationale avec une norme de rang supérieur. Cependant, la juridiction de renvoi fait savoir qu'Unibet pourrait obtenir l'examen de la conformité de la loi sur les loteries avec le droit communautaire si elle venait à méconnaître les dispositions de cette loi et à faire l'objet de poursuites dans le cadre d'une action en réparation ou à l'occasion du contrôle juridictionnel de décisions administratives rejetant, le cas échéant, une demande d'autorisation ou de dérogation introduite en application de ladite loi. Le juge suédois pose donc une question préjudicielle à la Cour afin de savoir si le principe de protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables par le droit communautaire doit être interprété en ce sens qu'il requiert, dans l'ordre juridique d'un État membre, l'existence d'un recours autonome tendant, à titre principal, à examiner la conformité de dispositions nationales avec le traité, dès lors que d'autres voies de droit permettent d'apprécier de manière incidente une telle conformité[909].

---

[908] *Ibid.*, p. 54 (nous traduisons).
[909] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 36.

315. De façon claire, en ce 13 mars 2007, la grande chambre de la Cour pose une nouvelle pierre dans la répartition de l'exercice de la compétence procédurale des États membres. L'annonce de son raisonnement se décompose en deux temps. Dans le premier, elle rappelle qu'en l'absence de réglementation communautaire, il appartient à l'ordre juridique interne de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits des justiciables tirés du droit communautaire[910]. Cette étape remonte désormais aux arrêts fondateurs *Rewe* et *Comet*, en 1976. Dans un second temps, elle pose comme limite à cette liberté l'exigence pour l'État d'assurer une protection juridictionnelle effective, requérant « *(à) cet égard* » le respect des critères d'équivalence et d'effectivité[911]. C'est dans ce second temps que se trouve l'apport jurisprudentiel. La Cour a en effet placé le principe général de protection juridictionnelle effective en position de *parapluie* des deux critères classiques. Par conséquent, les critères d'équivalence et d'effectivité ne sont plus ici un encadrement direct de la compétence procédurale, mais doivent désormais se placer sous la tutelle du principe de protection juridictionnelle effective.

316. Par la suite, la Cour de justice dans sa formation en grande chambre a rendu deux arrêts qui retiennent notre attention, en ce que leur méthode de raisonnement est calquée sur celle qui prévaut dans l'arrêt *Unibet*. Dans l'arrêt *Impact* du 15 avril 2009 sur renvoi du tribunal du travail irlandais, est concernée la directive 1999/70 sur l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, qui devait être transposée au plus tard le 10 juillet 2001, alors que la loi irlandaise n'est entrée en vigueur que le 14 juillet 2003. Dans cette affaire, le litige a pour origine la contestation de la légalité d'une disposition nationale au regard non seulement de la loi de transposition de la directive, mais également au regard de la directive elle-même, pour des prétentions se rapportant à la période courant de la fin du délai de transposition à l'entrée en vigueur de la loi. Or, cette double contestation, en droit irlandais, ne peut être traitée par le même juge, la loi de transposition ayant institué un juge spécialisé pour connaître des litiges fondés sur cette loi, et seul le juge ordinaire étant compétent pour apprécier la validité d'une disposition avant l'entrée en vigueur de cette loi. Le juge de renvoi demande donc si le fait de devoir saisir deux juges différents pour un même litige est de nature à porter atteinte à l'application effective du droit communautaire.

317. Dans l'arrêt *Lesoochranarske zoskupenie*, le juge de renvoi fait face à une association de protection de l'environnement, qui invoque la convention d'Aarhus pour contester le refus

---

[910] *Ibid.*, pt. 39.
[911] *Ibid.*, pts 42-43.

par le Ministerstvo zivotného prostredia d'accueillir favorablement sa demande visant à être partie à une procédure administrative. Cette procédure avait été initiée par des associations de chasseurs afin d'obtenir des dérogations à l'application de la directive « habitats » sur la protection de la faune et de la flore sauvages. La question qui se pose alors à la Cour est de savoir si ladite convention, notamment son article 9 paragraphe 3[912], confère aux associations de protection de l'environnement un droit d'agir, lorsqu'elles souhaitent contester une décision dérogeant à un régime protecteur de l'environnement au profit d'une espèce.

318. La rédaction de ces trois arrêts, malgré quelques infléchissements, est à peu près semblable, et laisse entrapercevoir la relation voulue par la Grande chambre entre les critères d'effectivité et d'équivalence d'une part, et le principe général de protection juridictionnelle effective d'autre part. À l'étude, apparaît alors une systématisation de la dialectique : la Cour rappelle le principe de la compétence procédurale des États membres qu'elle nomme « autonomie procédurale »[913] ; puis elle rappelle que « *le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective* »[914], ou alors que « *les États membres portent toutefois la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective de ces droits* »[915] ; et enfin elle précise que « *(à) cet égard* »[916], ou encore que « *(à) ce titre* »[917], il conviendra de respecter les critères d'équivalence et d'effectivité. Les juges, réunis en grande chambre, ont d'ailleurs utilement, et solennellement, affirmé que les exigences d'équivalence et d'effectivité « *expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »[918]. Le tableau suivant permet de se faire une meilleure idée de cette tentative de systématisation.

---

[912] « ... chaque Partie veille à ce que les membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ».

[913] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 39 ; *Impact*, *op. cit.*, pt. 44 ; *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, *op. cit.*, pt. 47.

[914] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 42.

[915] *Impact*, *op. cit.*, pt. 45 ; *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, *op. cit.*, pt. 47, Or, on sait que les expressions « protection effective des droits » et « protection juridictionnelle effective » sont équivalentes dans la jurisprudence de la Cour ; voir sur ce point *Heylens*, *op. cit.*, pt. 14 : « *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. Comme la Cour l'a admis dans son arrêt du 15 mai 1986, cette exigence constitue un principe général de droit communautaire* » (nous soulignons).

[916] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 43.

[917] *Impact*, *op. cit.*, pt. 46 ; *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, *op. cit.*, pt. 48.

[918] *Impact*, *op. cit.*, pt. 47 ; également rappelé dans *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 44 ; et *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 49.

Unibet 2007	*Impact* 2009	*Lesoochranarske* 2011
37. […] le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire.	43. […] le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire.	
39. […] 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 destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire[919].	44. […] 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 destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire.	47. en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, en l'occurrence de la directive « habitats »...
42. Ainsi […], le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective […].	45. Les États membres portent toutefois la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective de ces droits.	... les États membres ayant la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective de ces droits.
43. À cet égard, [il convient de respecter le] principe de l'équivalence [et le] principe d'effectivité.	46.À ce titre, [il convient de respecter le] principe de l'équivalence [et le] principe d'effectivité.	48. À ce titre, [il convient de respecter le] principe de l'équivalence [et le] principe d'effectivité.
	47. Ces exigences […], qui expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, valent également en ce qui concerne la désignation des juridictions compétentes pour connaître des actions fondées sur ce droit. 48. En effet, un non-respect desdites exigences sur ce plan est, tout autant qu'un manquement à celles-ci sur le plan de la définition des modalités procédurales, de nature à porter atteinte au principe de protection juridictionnelle effective.	49. Il ne saurait dès lors être envisageable, sans mettre en cause la protection effective du droit de l'Union de l'environnement, de donner une interprétation des stipulations de l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus qui rendrait impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union. 50. Il en résulte que […] il appartient au juge national, afin d'assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union de l'environnement […] de donner de son droit national une interprétation qui, dans toute la mesure du possible, soit conforme aux objectifs fixés par la convention d'Aarhus.

319. Ces affirmations de la Cour, péremptoires, sont dépourvues de toute remise dans le contexte. Le juge s'abstient en effet de préciser que le fait que l'obligation générale d'assurer la protection juridictionnelle effective soit induite par les exigences d'équivalence et d'effectivité, ressort du cas particulier des affaires en présence. Bien au contraire, c'est au terme

[919] La Cour poursuit par ses célèbres mots dans cette affaire « *En effet, [le traité CE] 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. [Sauf] s'il ressortait de l'économie de l'ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, même de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* ».

de l'énonciation de son raisonnement qu'il pose ce critère, qu'il voudrait à portée générale, de relation hiérarchique entre protection juridictionnelle d'une part, et équivalence et effectivité d'autre part. Cet état de droit appelle plusieurs remarques.

320. La première est que, si cette interprétation est vérifiée, le juge tenterait en réalité d'étendre l'application du principe général de protection juridictionnelle effective. Pour ce faire, il serait en train d'intégrer ce critère à celui de l' « *autonomie procédurale* »[920] des États membres de l'Union européenne[921]. L'ancien équilibre, qui voyait un balancement entre autonomie procédurale des États et exigences d'équivalence et d'effectivité, est écarté au profit d'un nouvel équilibre mettant dans la balance, dans l'encadrement de la compétence procédurale étatique, le principe général de protection juridictionnelle effective. Ainsi, face à des critères classiques d'encadrement, se tient désormais un principe général du droit, avec toutes les fonctions attachées à cet instrument prétorien.

321. Cette remarque amène à la seconde. Cette opération a pour conséquence un encadrement plus étroit de la liberté des États. Il découle en effet d'une jurisprudence bien établie que la protection juridictionnelle, en plus d'être effective, doit être efficace[922] et, lorsqu'une sanction est en jeu, celle-ci doit être adéquate au préjudice subi[923]. La marge de manœuvre de la Cour de justice devient alors plus importante, car en sus des exigences d'équivalence et d'effectivité, elle peut désormais requérir du juge interne que l'application du droit de l'Union européenne se fasse de manière efficace et adéquate. Elle peut aussi faire appel à la jurisprudence relative au droit au juge, qu'il s'agisse de sa propre jurisprudence, ou de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux articles 6 et 13 de la Convention[924]. Néanmoins, à la différence des critères de l'équivalence et d'effectivité, qui ne peuvent souffrir d'aucune exception, ce principe général peut être restreint par des mesures nationales justifiant d'un objectif d'intérêt général légitime[925].

322. L'intervention du principe de protection juridictionnelle effective dans la grille d'analyse classique peut permettre d'expliquer pourquoi le juge n'a pas tout simplement préféré

---

[920] Si les mots-clés de l'arrêt *Unibet* renvoient à cette notion, le corps de l'arrêt, lui, n'en fait pas mention.
[921] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 68.
[922] *Salgoil*, *op. cit.* spéc. p. 665.
[923] *Von Colson*, *op. cit.*
[924] Ces deux articles sont visés par la Cour dans l'arrêt *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 18, pour justifier l'existence d'un principe général de protection juridictionnelle effective, auxquels la Cour a ajouté l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; voir par exemple *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.* Ce même arrêt *Alassini*, en son point 63, offre par ailleurs un exemple de cas faisant apparaître la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Voir Section 2, II, ci-dessous.
[925] Voir par exemple *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pts 61-66.

une solution alternative, qui aurait consisté à remplacer l'application des critères de l'équivalence et d'effectivité directement par celui de protection juridictionnelle effective. Cette opération a déjà été, selon nous, réalisée dans l'arrêt *Johnston*[926]. En son point 17 en effet, la Cour écrit : « *Il convient de rappeler d'abord que l'article 6 de la directive impose aux États membres l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par une discrimination de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle* ». Ici, la Cour aurait dû poursuivre en rappelant qu'en l'absence de législation communautaire en la matière, il revient aux États membres de désigner les juridictions compétentes et de prévoir les modalités procédurales des recours en justice. Cela avait été effectivement le cas, dès 1968, dans l'arrêt *Salgoil*, où la Cour précisait que les juridictions compétentes doivent certes assurer une protection directe et efficace, mais il revient au droit interne de désigner la juridiction compétente et de décider des qualifications juridiques appropriées[927]. Au surplus, dans l'arrêt *Alassini*, il est précisé que « *Ces exigences d'équivalence et d'effectivité expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Elles valent tant sur le plan de la désignation des juridictions compétentes pour connaître des actions fondées sur ce droit qu'en ce qui concerne la définition des modalités procédurales* »[928]. Au lieu de cela, dans l'arrêt *Johnston,* la Cour pose le principe général de protection juridictionnelle effective.

323. Toutefois, ce résumé n'est pas immuable, car la Cour de justice a donné d'autres directions au sens qu'elle donne à la relation entre les deux outils d'encadrement[929].

---

[926] Voir aussi, dans la jurisprudence citée par Fabrice Picod relative au droit au juge, celle qui met en œuvre la grille d'analyse des arrêts *Rewe* et *Comet*, in F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *op. cit.*

[927] *Salgoil*, *op. cit.*, p. 675.

[928] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 49.

[929] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 293.

2. Un débat toujours ouvert pour les chambres

324. Si le raisonnement de la grande chambre est dénué d'ambiguïté quant à son déroulement, les chambres, elles, se sont parfois écartées de cette orthodoxie. Ces errements sont révélés par une série d'exemples se situant entre la date du rendu de l'arrêt *Unibet* le 13 mars 2007 et celle de l'arrêt *Lesoochranarske zoskupenie* le 8 mars 2011.

325. L'affaire *Club Hotel Loutraki* est un exemple de respect de cette orthodoxie, malgré un oubli dans la rédaction. La Cour rappelle d'abord en effet que le principe de protection juridictionnelle effective est un principe général du droit de l'Union, mais après avoir rappelé le principe d'autonomie procédurale des États membres, elle n'insère pas, avant le rappel des exigences d'équivalence et d'effectivité, la nécessité pour ces États d'assurer une protection effective des droits. Cet oubli est toutefois sans importance ici, car la Cour, finalement, estimera que la violation du critère d'effectivité ne permet pas de garantir le respect du principe de protection juridictionnelle effective[930]. Cet arrêt intervenait à la suite de deux autres affaires, dont on peut estimer qu'elles respectent la hiérarchie entre les principes ordonnée par l'arrêt *Unibet*. La première d'entre elles, datée du 25 mars 2010[931], concerne la directive « marchés publics », pour le respect de laquelle le juge de renvoi se demande si la notion de « marchés publics de travaux », exige que l'exécution de l'obligation de réaliser les travaux puisse être réclamée en justice. Il est donc question ici de l'ouverture d'une voie de droit, et par conséquent de protection juridictionnelle effective[932]. Or, sans même invoquer ce principe, le juge répond, de façon lacunaire, que « *les obligations découlant du marché étant juridiquement contraignantes, leur exécution doit pouvoir être réclamée en justice. En l'absence d'une réglementation prévue par le droit de l'Union, et en conformité avec le principe d'autonomie procédurale, les modalités d'exécution de telles obligations sont laissées au droit national* »[933]. Il semble donc que le caractère elliptique du raisonnement du juge ne remette pas en question l'énoncé des arrêts *Unibet* et *Impact*, qui l'ont précédé. En effet, pour garantir une application correcte de la directive, le juge interne devra permettre la contestation de l'exécution de l'obligation de réaliser les travaux, en puisant dans les modalités procédurales internes. Or, même si la Cour de justice n'en dit pas plus, le juge interne devra se reporter à la jurisprudence *Unibet* et se rendre compte que les modalités procédurales internes sont bornées par l'obligation

---

[930] *Club Hotel Loutraki*, *op. cit.*, pt. 78.
[931] *Helmut Müller GmbH*, *op. cit.*
[932] Comme l'enseignent les arrêts *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH (Croisières du beurre)*, *op. cit.* ; et *Unibet*, *op. cit.*
[933] *Helmut Müller GmbH*, *op. cit.*, pt. 62.

de garantir une protection juridictionnelle effective, en s'assurant qu'équivalence et effectivité sont bien respectées.

326. La seconde affaire est différente car elle intervient dans le domaine des aides d'État. L'arrêt *Scott* du 25 mai 2010, en effet, ne met pas en œuvre la grille d'analyse de la compétence procédurale de manière stricte et rigoureuse, malgré une jurisprudence oscillante dans ce domaine des aides d'État[934]. Mais la relation qu'il établit entre la liberté des États dans la restitution des aides et le principe général de protection juridictionnelle effective, correspond en tous points à celle établie en premier lieu par l'arrêt *Unibet*.

327. Cependant, l'arrêt *Alassini* déroge quelque peu à ce raisonnement. Rendu le 18 mars 2010, il réaffirme certes les principes énoncés dans *Unibet*, mais procède en deux grandes étapes dans son analyse, distinctement identifiées par un « En premier lieu » et un « En second lieu ». La première étape consiste à vérifier le respect des critères de l'équivalence et d'effectivité. Ce second critère est analysé de façon classique, et la Cour conclut qu'il est respecté à la condition que deux exigences le soient[935]. La seconde étape, de manière innovante, concerne le respect du principe de protection juridictionnelle effective, en dehors donc de la grille d'analyse de la compétence procédurale. Pour ce faire, la Cour se livre à une nouvelle vérification des dispositions nationales, et soulève des arguments propres à ce principe général, qui n'apparaissaient pas lors de l'étude du respect du critère d'effectivité. La Cour s'en remet en effet à sa jurisprudence et à celle de la Cour européenne des droits de l'homme pour estimer que la mesure nationale poursuit des objectifs d'intérêt général légitimes, et qu'elle est proportionnée[936]. Le droit procédural interne n'est certes pas sanctionné, mais la Cour, par une démonstration qui pourrait être qualifiée de non violente, lance un avertissement : elle compte bien utiliser les nouvelles possibilités offertes par la jurisprudence *Unibet*, c'est à dire tirer les conséquences de l'insertion d'un principe général du droit.

328. C'est sans doute ce comportement qui provoque chez le juge allemand une réaction de rejet dans son renvoi de l'affaire *DEB* devant la Cour de justice, à qui il pose la question préjudicielle suivante : « *Étant donné que l'organisation nationale des conditions juridiques d'indemnisation et de la procédure d'action en responsabilité de l'État au titre du droit [de l'Union] ne doit pas rendre pratiquement impossible ou exceptionnellement difficile l'obtention*

---

[934] Il faut par exemple remonter à l'arrêt CJCE, 5 octobre 2006, aff. C-368/04, *Transalpine Ölleitung in österreich*, Rec. p. I-9957, pt. 45, pour retrouver une application de la grille d'analyse de la compétence procédurale conforme aux arrêts de 1976.
[935] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 60.
[936] *Ibid.*, pts 61-66.

d'une indemnisation en vertu des principes de ladite responsabilité, est-il problématique qu'une réglementation nationale subordonne l'exercice de l'action en justice au paiement d'une avance sur frais et prévoie que l'aide judiciaire ne peut pas être accordée à une personne morale qui n'est pas en mesure de faire cette avance ? »[937]. La décision du juge allemand de sursoir à statuer datant du 30 juin 2009, soit après les arrêts *Unibet* et *Impact*[938], il est manifeste qu'il a entendu sortir du terrain des droits fondamentaux – ici le principe de protection juridictionnelle effective – pour contenir la Cour de justice sur la seule question de l'effectivité du droit de l'Union. De son côté, la Cour aurait pu répondre ici en appliquant son raisonnement issu de l'arrêt *Unibet.* Elle aurait pu en effet d'abord reconnaître, comme à l'accoutumée, que « *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 destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* »[939]. Constatant l'absence de réglementation de l'Union en matière d'aide juridictionnelle, la Cour aurait alors poursuivi en rappelant que « *le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective* », et que, « *à cet égard* », l'État membre devait respecter les critères d'équivalence et d'effectivité[940]. Elle se serait alors livrée à un examen d'abord du respect du critère d'équivalence et, si celui-ci était bien respecté, ensuite du critère d'effectivité. Ce dernier critère aurait pu alors être utilisé pour obliger le juge allemand à reconnaître que l'impossibilité d'octroyer une aide juridictionnelle à une personne morale lui est contraire. En faisant cela, la Cour aurait alors, en faisant parler équivalence et effectivité, exprimé l'obligation générale de protection juridictionnelle effective[941]. Tout au contraire, la Cour de justice a pu vouloir rappeler que ce genre de question ne concerne pas en premier lieu le critère d'*effectivité*, mais la seule *protection juridictionnelle effective*, droit fondamental que la Cour de justice a le devoir de protéger. La Cour reformule donc la question préjudicielle pour ne prendre en compte cette fois que le droit fondamental à un juge.

329. Plus tard, la Cour devait revenir à l'orthodoxie du trio *Unibet-Impact-Lesoochranarske*, à la faveur d'un arrêt de chambre rendu en présence du vice président K. Lenaerts, qui avait

---

[937] *DEB*, *op. cit.* Voir le l'article approfondi de P. OLIVER, « Commentaire sous l'arrêt CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-279/09, DEB contre Allemagne », *op. cit.*
[938] Datant respectivement du 13 mars 2007 et du 15 avril 2008.
[939] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 39.
[940] *Ibid.*, respectivement pts 42 et 43.
[941] Dans leur article M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 385, les auteurs parlent de « overarching procedural guarantee ».

lui-même été rapporteur dans l'affaire *Unibet*. Dans cette affaire *Agrokonsulting*[942], la troisième chambre a en effet repris le raisonnement de la grande chambre, mais sans permettre de clarifier la relation entretenue entre effectivité et protection juridictionnelle effective. La détermination de la relation entre ces deux notions reste impossible donc, a fortiori lorsque s'y mêlent d'autres notions comme l'efficacité ou l'effet utile.

B. L'impossible détermination des rapports entre les principes

330. Plusieurs standards sont candidats à la régulation de la compétence procédurale, et si la relation entre effectivité et protection juridictionnelle effective souffre déjà d'incognoscibilité (1), les autres notions, parce qu'elles sont particulièrement indisciplinées, complexifient encore l'articulation entre les principes (2).

1. Une relation incognoscible

331. Il convient de relever que ces différentes affaires ont évidemment été traitées par des chambres et des formations différentes. Cela ne peut qu'imparfaitement expliquer les variations quant à la place accordée à la protection juridictionnelle effective dans les différentes affaires. Par exemple, l'arrêt *Alassini* a été rendu par la quatrième chambre, qui rendra trois mois plus tard l'arrêt *Club Hotel Loutraki*. Or on a vu que dans son premier arrêt cette chambre avait fait sortir le principe de protection juridictionnelle de la grille d'analyse de l'autonomie procédurale, et que dans le second, elle applique le raisonnement classique posé dans l'arrêt *Unibet*. Sans doute faut-il attribuer cette différence de raisonnement au fait que le juge rapporteur n'était pas le même. Le raisonnement est encore différent dans l'arrêt *Müller*, rendu par la troisième chambre, et dans l'arrêt *DEB*, rendu par la deuxième chambre.

332. Cependant, dans ces hésitations, une constante apparaît, et elle n'est pas des moindres, car elle est portée par la grande chambre de la Cour. C'est elle qui a rendu les deux arrêts *Unibet* et *Impact*, en début de cycle, et elle-même qui a rendu par la suite l'arrêt *Lesoochranarske zoskupenie*, ces trois arrêts mettant en œuvre un raisonnement strictement identique. Il est intéressant de relever, alors, que ces trois arrêts encadrent parfaitement dans le temps ceux rendus par les chambres de cinq juges. De plus, si l'on fait abstraction des arrêts *Müller* – en considérant qu'il est conforme à l'orthodoxie *Unibet* –, et *DEB*, seul l'arrêt *Alassini*, rendu en 2010, sort quelque peu du cadre posé en grande chambre, sans toutefois remettre en question l'évolution amorcée. Cela pourrait suffire à relativiser les divergences au sein de la Cour. Rendu

[942] *Agrokonsulting*, *op. cit.*

en 2013, l'arrêt *Agrokonsulting* est alors, en tant qu'arrêt de chambre, une victoire de l'autorité de la grande chambre, car il est le premier depuis *Unibet* en 2007 à respecter scrupuleusement le raisonnement de la grande chambre : rappel de la compétence procédurale étatique en l'absence de préemption par l'Union, obligation de respecter équivalence et effectivité, puis rattachement à la protection juridictionnelle effective[943].

333. Pourtant, l'avocat général Y. Bot estimait dans ses conclusions dans l'affaire *Agrokonsulting* que lorsque le juge a à se prononcer sur la conformité au droit de l'Union d'une règle de procédure nationale qui concentre en une seule juridiction les recours contre les actes administratifs en matière de politique agricole commune, seul l'article 47 de la Charte est utile. Cela vaut alors même que le juge de renvoi posait explicitement la question certes de la conformité à l'article 47 de la Charte, mais aussi aux critères d'équivalence et d'effectivité. Son raisonnement se fait en trois temps : premièrement, « les exigences d'équivalence et d'effectivité expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ». C'est exactement ce que postulent les arrêts *Impact* et *Pontin*[944], et indirectement les arrêts *Unibet* et *Lesoochranarske*[945], tous revêtus de l'autorité de la Grande chambre[946]. Deuxièmement, « (l)e principe de protection juridictionnelle effective, qui est un droit fondamental, comprend le droit à un recours effectif ». Troisièmement, « Ce droit est lui-même exprimé à l'article 47, premier alinéa, de la Charte ». Par conséquent, la disposition nationale peut n'être confrontée qu'à l'article 47 de la Charte[947].

334. Or, l'avocat général n'a pas été suivi par la Cour, qui a tenu à maintenir les critères d'équivalence et d'effectivité. Faut-il alors, au vu de cette évolution sinueuse dans le raisonnement, se rallier à l'opinion du professeur D.-U. Galetta selon qui le premier souci de la Cour est d'assurer l'effet utile du droit de l'Union européenne ? La Cour de justice serait plus sensible à la bonne application du droit de l'Union, telle que permise par le critère d'effectivité, qu'à la protection des individus telle que possible grâce au droit au juge. Selon cette position, « l'accent sera mis sur la protection juridictionnelle effective seulement lorsque l'application

---

[943] *Ibid.*, pts 35, 36 et 60.
[944] *Impact*, *op. cit.*, pt. 47 ; et *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 44.
[945] *Unibet*, *op. cit.*, pts 42-43 ; *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, *op. cit.*, pts 47-48.
[946] Au demeurant, c'est également ce que la troisième chambre écrira dans l'arrêt rendu dans cette affaire *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pts 35-36.
[947] La Cour ne suivra cependant pas son avocat général sur ce point, alors même qu'elle avait adopté de sa propre initiative dans l'arrêt *DEB*, et en l'absence d'invitation en ce sens de la part de l'avocat général P. Mengozzi dans ses conclusions du 2 septembre 2010.

du droit de l'UE coïncidera avec des solutions qui protègeront mieux les individus »[948]. Or, il peut être opposé à cette hypothèse que face à la difficulté d'élever les critères de l'équivalence et d'effectivité au rang de principes généraux[949], la Cour les a abrités sous le parapluie d'un principe général du droit de l'Union préexistant. C'est alors l'autre vision, rejetée par le professeur D.-U. Galetta, qui prévaudrait, selon laquelle la jurisprudence est entrée dans une seconde phase, visant à privilégier la protection juridictionnelle effective au critère d'effectivité[950]. Si donc l'auteur de *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*[951] pouvait avoir raison avant 2007, l'arrêt *Unibet* intervenu cette année-là semble concilier les deux thèses, tout en confirmant l'idée selon laquelle le souci principal du juge est la protection des particuliers. Cette conciliation des deux thèses – le principal souci de la Cour est soit de protéger les particuliers, soit de garantir l'effet utile du droit de l'Union – trouve son accomplissement dans l'arrêt *Unibet*, en ce qu'il ne fait pas un choix strict entre effectivité du droit de l'Union et protection juridictionnelle effective des individus. Dans cet arrêt, et dans ceux du même style qui suivent, les deux principes apparaissent. De cette architecture, le juge Prechal déduit plus une « juxtaposition » qu'une « absorption » de l'effectivité par la protection juridictionnelle effective[952]. Cette juxtaposition se retrouve dans l'arrêt *Agrokonsulting* dans lequel le respect du critère d'effectivité entraîne le respect du principe de protection juridictionnelle effective[953]. L'effectivité agit comme l'outil de mise en œuvre de la protection juridictionnelle effective. Elle est son porte-voix, son bras droit, son critère opérationnel.

---

[948] D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, *op. cit.*, p. 20 (notre traduction).

[949] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.*, qui voit dans la suppression de la condition d'effet direct une possible élévation du principe d'effectivité au rang de principe général du droit, sans toutefois que cette étape ait été clairement franchie. Il concluait également à l'impossibilité d'élever le principe de l'équivalence.

[950] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 385.

[951] D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, *op. cit.*, ouvrage d'abord édité en italien, puis en anglais face aux demandes pressantes d'une part de la communauté des juristes.

[952] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 293. Les auteurs de l'ouvrage visent alors l'arrêt CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-12/08, *Mono Car Styling SA*, Rec. p. I-6653, pt. 49.

[953] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 60 : La troisième chambre de la Cour estime alors à propos de l'article 47 de la Charte que « *compte tenu notamment des considérations exprimées aux points 50 à 58 [relatifs au principe d'effectivité] et à la lumière des informations dont dispose la Cour dans la présente procédure, il n'apparaît pas qu'un justiciable dans une position telle que celle d'Agrokonsulting soit privé d'un recours effectif devant une juridiction en vue de défendre des droits tirés du droit de l'Union* ».

335. Il n'en reste pas moins que la véritable relation qu'entretient la protection juridictionnelle effective avec l'équivalence et l'effectivité est devenue de plus en plus complexe[954], si bien qu'elle semble en définitive impénétrable. On peut toujours disserter sur la signification des errements de la Cour, force est de constater qu'en la matière elle a réussi à semer derrière elle bon nombre de lecteurs assidus. Il devient particulièrement difficile de « prédire quelle ligne suivra la Cour »[955]. Ici, la position des juges est primordiale, car elle nous permet de comprendre quelles luttes internes ils doivent mener pour imposer leur vision de l'architecture fondamentale des compétences procédurales. L'avis de la doctrine est essentiel, car il éclaircit et démêle, grâce au géni collectif, les obscurs filaments de la jurisprudence tissés au gré des débats internes aux délibérations au sein de la Cour de justice. Néanmoins, l'éventualité d'une absence d'explication juridique aux positions de la Cour peut aussi être une option. Le sociologue, ou peut-être l'historien, pourraient probablement apporter des réponses plus satisfaisantes. La tâche risquerait en tout état de cause d'être périlleuse, ces notions proches étant aussi indéterminées que l'efficacité ou l'effet utile, complexifiant encore l'articulation entre les principes.

2. Une articulation complexifiée

336. La nécessité de garantir la pleine efficacité du droit de l'Union a été formellement requise dans l'arrêt *Simmenthal*[956]. C'est dans ce même arrêt qu'on retrouve l'exigence d'effet utile de la disposition communautaire dont il est question[957]. Ces deux notions voisines de l'effectivité ressurgissent ensuite dans la jurisprudence de la Cour, et leurs rapports avec le critère classique d'encadrement de la compétence procédurale des États membres qu'est l'effectivité doivent être étudiés. L'efficacité est ainsi utilisée dans la jurisprudence à deux escients, en fonction du degré de centralisation de l'exercice de la compétence. Son utilisation est donc hiérarchisée (a). L'effet utile, lui, sert plutôt de notion alternative à l'effectivité, quoique cette règle n'est pas absolue. Son application est par conséquent indéterminée (b).

---

[954] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *op. cit.*, p. 285.
[955] *Ibid.*, p. 289 (nous traduisons).
[956] *Simmenthal*, *op. cit.*, pt. 22 ; voir également, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *op. cit.*, pt. 44 ; CJUE, 26 février 2013, aff. C-617/10, *Aklagaren contre Arkerberg Fransson*, n. e. p., pt. 46.
[957] *Simmenthal*, *op. cit.*, pt. 20.

a. L'efficacité : une utilisation hiérarchisée

337. L'utilisation de l'efficacité peut être dite « hiérarchisée », car elle varie selon le degré de centralisation du domaine matériel en cause. De façon générale, elle intervient en présence de droit dérivé de façon cumulative avec l'effectivité. Or, pour les domaines à plus forte coloration européenne, elle devient une alternative autonome.

338. Il apparaît que dans un premier cas de figure l'efficacité est celle requise dans la mise en œuvre du droit dérivé, qu'il s'agisse d'une directive, d'un règlement ou d'un accord-cadre. L'efficacité est dans ce cas une notion générale dont le respect exige le respect à son tour et de façon cumulative du critère d'effectivité[958]. Le plus souvent c'est l'efficacité d'un recours prévu par le droit dérivé qui est visée[959]. Dans ces cas, l'efficacité peut être celle de la *protection* ou du *contrôle juridictionnel*. Il faut reconnaître qu'un certain nombre de textes font directement référence à l'efficacité du droit de l'Union[960]. Néanmoins, chronologiquement, et contrairement à ce que nous venons de dire, ce furent d'abord les recours fondés non sur un texte de droit dérivé mais sur le droit communautaire en général, qui se sont vus enjoindre l'obligation d'être

[958] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Sopropé*, *op. cit.*, pt. 41 ; *Angelidaki e. a.*, *op. cit.*, pt. 186 ; *Asbeek Brusse*, *op. cit.*, pt. 50.

[959] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Heylens*, *op. cit.*, pt. 15 ; CJCE, 9 avril 2003, aff. C-424/01, *CS Austria*, Rec. p. I-3251, pt. 32 ; CJCE, 28 janvier 2010, aff. C-406/08, *Uniplex*, Rec. p. I-817, pt. 29 ; *Günter Fuss*, *op. cit.*, pt. 76.

[960] Pour quelques exemples : directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, *JOUE*, L 335 du 20 décembre 2007, p. 31 ; Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (dite « Convention d'Aarhus »), approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2005/370/CE du Conseil, du 17 février 2005, *JOUE*, L 124, p. 1 : « Souhaitant que le public, y compris les organisations, aient accès à des mécanismes judiciaires efficaces afin que leurs intérêts légitimes soient protégés et la loi respectée », puis l'article 9, paragraphe 5 « Pour rendre les dispositions du présent article encore plus efficaces, chaque Partie veille à ce que le public soit informé de la possibilité qui lui est donnée d'engager des procédures de recours administratif ou judiciaire… » ; Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JOUE, L 149, p. 22, article 11 : « Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin de faire respecter les dispositions de la présente directive dans l'intérêt des consommateurs » ; Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOUE*, L 95, p. 29, dixième considérant : « une protection plus efficace du consommateur peut être obtenue par l'adoption de règles uniformes concernant les clauses abusives », et article 7, paragraphe 1 : « Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel ». Voir pour d'autres exemples O. DUBOS, « Le droit à un procès équitable dans la législation de l'Union : la protection juridictionnelle des particuliers au service de l'effectivité de la norme européenne », *in Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2012, pp. 137-157.

efficaces[961]. La première apparition de la notion d'efficacité dans un arrêt relevant du conflit indirect de normes est l'œuvre des anciens arrêts de la Cour, dans lesquels l'efficacité était suspendue au respect du critère de l'équivalence[962], ou remplaçait même le critère d'effectivité[963]. Ces temps-là semblent révolus, et aujourd'hui la présence d'un texte législatif apparaît comme une condition d'invocation de l'efficacité. L'arrêt *Mohammed Aziz* du 14 mars 2013 résume bien la convergence des situations qui autorisent l'utilisation de la notion d'efficacité : une directive, un contrôle juridictionnel. L'efficacité n'est respectée que si l'effectivité est respectée[964]. Par conséquent, le rapport qui lie ces deux mots, s'il a pu être de façon ponctuelle alternatif, il ne peut être en tout cas directement qualifié comme étant hiérarchique. Il conviendrait plutôt de parler de dépendance de l'un à l'égard de l'autre, sachant que dans une situation dans laquelle l'efficacité englobe l'effectivité, la validité de la première dépend de la validité de la seconde. Cette relation est encore confirmée par l'arrêt *Heylens*, plus ancien, dans lequel la Cour mettait à jour l'imbrication de l'un dans l'autre :

> « *L'efficacité du contrôle juridictionnel, qui doit pouvoir porter sur la légalité des motifs de la décision attaquée, implique, de manière générale, que le juge saisi puisse exiger de l'autorité compétente la communication de ces motifs. Mais, s'agissant plus spécialement, comme en l'espèce, d'assurer la protection effective d'un droit fondamental conféré par le traité aux travailleurs de la Communauté…* »[965].

339. De même, pour E. Bernard, si les États membres « doivent veiller à assurer, dans le cadre de leur intervention, l'efficacité du droit communautaire », il s'agit en fait de « parvenir à un équilibre entre, d'une part, les exigences d'uniformité et d'effectivité du droit communautaire et d'autre part, la liberté nécessaire aux autorités nationales pour son application »[966]. L'efficacité est donc l'état dans lequel se trouve le droit de l'Union, dès lors que les États membres respectent l'équilibre impliquant, entre autres, l'effectivité. O. Dubos lie

---

[961] *Factortame*, *op. cit.*, pt. 21 ; *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*, pt. 33.
[962] *Salumi*, *op. cit.*, pt. 18 ; *Lippische*, *op. cit.*, pt. 8 ; *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pt. 6 ; *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 31.
[963] *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pt. 6.
[964] *Mohamed Aziz*, *op. cit.*, pt. 59.
[965] *Heylens*, *op. cit.*, pt. 15 (nous soulignons).
[966] E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 522.

également le critère d'effectivité à la notion d'efficacité[967]. Pour cet auteur, le critère d'effectivité, parce qu'il ne requiert de l'État qu'une interdiction de priver de tout effet le droit de l'Union, « peut être assimilé à l'efficacité minimale »[968]. L'efficacité, dépendante de l'effectivité, est alors perçue comme plus exigeante. Suffisamment en tout cas pour avoir permis à la Cour de justice de faire du principe de droit international de coopération loyale un principe « proche de celui de la fidélité fédérale »[969]. Or, ce qui donne à l'efficacité cette force particulière c'est l'effet utile du droit de l'Union. Par conséquent, à la dépendance, il faut ajouter la complémentarité. C'est aussi ce qui ressort des propos de V. Michel dans sa thèse sur les compétences de la Communauté, qui écrit que l'effectivité se rattache à « la thématique de la protection des droits du particulier » et que si on la dépasse, on retrouve l'objectif d'application efficace du droit de l'Union, « indépendamment de tout contentieux objectif »[970]. Ainsi, en dehors de toute disposition d'effet direct, la pleine efficacité du droit de l'Union se trouve garantie par l'interprétation conforme du juge national[971]. En prenant de l'envol, l'efficacité se renforce[972], elle assume un degré différent de la réalisation de la norme juridique[973].

340. Ce rapport n'est cependant pas absolu. Dans le domaine de la préservation d'une concurrence normale dans le marché intérieur, qu'il s'agisse de la répression des pratiques anticoncurrentielles ou de l'interdiction des aides d'État, la relation de dépendance et de complémentarité précédemment décrite est quelque peu altérée. Du fait de la spécification explicite, dans les textes applicables en la matière, de l'exigence d'efficacité, s'opère une interchangeabilité entre effectivité et efficacité. En matière d'aides d'État, la Cour considère ainsi que le critère d'effectivité « *est sous-jacent à l'objectif de l'efficacité du recours, explicité à l'article 1er, paragraphe 1, de [la] directive* »[974]. Pour les pratiques anticoncurrentielles, la

---

[967] Il remarque d'ailleurs que le principe d'effectivité, par rapport à l'efficacité, « n'est pas non plus de nature à clarifier le champ de réflexion », O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *op. cit.*, p. 294.

[968] O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *op. cit.*, p. 294. Voir aussi J. MERTENS DE WILMAR, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE*, 1981, pp. 370-407.

[969] O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *op. cit.*, p. 295.

[970] V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, p. 431.

[971] CJUE, 3 mai 2011, aff. C-375/09, *Télé 2 Polska*, Rec. p. I-3055, pt. 56 ; *Vereniging*, *op. cit.*, pt. 59 ; CJUE, 11 avril 2013, aff. C-138/12, *Rusedespred*, Rec. num., pt. 37.

[972] Notons cependant que la doctrine associe parfois effectivité et efficacité, allant jusqu'à affirmer « … le principe d'efficacité, que la Cour dénomme également le 'principe d'effectivité'… », P. OLIVER, « Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence », *CDE*, 2005, p. 355.

[973] V. RICHARD, *Le droit et l'effectivité*, *op. cit.*

[974] *Commission c. Irlande*, *op. cit.*, pt. 62.

Cour parle tantôt, dans le même arrêt, d'application efficace de l'article 101 TFUE[975], tantôt de son application effective[976].

341. L'utilisation de l'efficacité dans ces domaines pourrait avoir une explication tenant à la sociologie juridique. En droit international, l'effectivité est un critère bien connu. C'est « la nature de ce qui existe en fait ». Le professeur Touscoz avait introduit sa thèse en écrivant que « une règle ou une situation juridique sont effectives si elles se réalisent dans les faits, si elles s'incarnent dans la réalité »[977]. Il relevait alors la « fonction sociale » de l'effectivité dans l'ordre international[978]. L'auteur explique alors pourquoi la question de l'effectivité d'une règle ne se pose pas dans un ordre juridique étatique, qui est normalement pourvu d'une effectivité globale[979], du moins tant qu'il n'est pas défaillant. C'est la raison pour laquelle l'auteur préfère parler, au niveau étatique, d'efficacité ou d'inefficacité de la norme plus que de son effectivité ou de son ineffectivité, nonobstant l'utilisation aléatoire de ces termes par certains auteurs, dont Hans Kelsen. Pour J. Touscoz, « l'efficacité exprime la mesure dans laquelle une institution ou une règle atteignent le but qui leur a été conféré par leur auteur ». Il donne alors cet exemple : la législation antialcoolique a été efficace dans les pays scandinaves. On ne pourrait pas dire la même chose de l'effectivité – la législation antialcoolique a été effective dans les pays scandinaves – car « l'effectivité mesure simplement la relation qui existe entre une règle ou une situation juridique et la réalité sociale »[980].

342. La Cour de justice des Communautés européennes ne disait pas autre chose dans l'arrêt *Simmenthal*, en associant la loi nationale à l'efficacité et les normes du droit des Communautés à l'effectivité[981]. Il serait alors conforme à cette vision que la Cour en appelle à l'efficacité dans des domaines dans lesquels l'Union a usé avec force de sa compétence, comme en droit de la concurrence et notamment des aides d'État, mais aussi en ce qui concerne le mandat d'arrêt européen[982]. Dans ces domaines, le droit de l'Union s'impose selon la logique inhérente à un ordre juridique étatique : son effectivité n'est pas en cause, mais plutôt son efficacité. Dans les autres domaines, l'efficacité joue cumulativement avec l'effectivité, le droit de l'Union

---

[975] *Donau Chemie*, *op. cit.*, pt. 40 ; *Schenker*, *op. cit.*, pt. 46.
[976] *Donau Chemie*, *op. cit.*, pt. 42 ; *Schenker*, *op. cit.*, pt. 47.
[977] J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, *op. cit.*, p. 1.
[978] *Ibid.* Voir aussi R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », *op. cit.*, p. 201, qui écrit qu'un des tests de l'efficacité est son « aptitude à faciliter sa réception au niveau le plus tangible de la vie sociale ».
[979] J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, *op. cit.*, p. 4.
[980] *Ibid.*
[981] *Simmenthal*, *op. cit.*, pt. 18.
[982] *Radu*, *op. cit.*, pt. 41.

pâtissant encore trop des lacunes propres à son système décentralisé. Ce sont les deux approches de la Cour que nous venons d'exposer.

b. L'effet utile : une utilisation indéterminée

343. L'effet utile du droit de l'Union est une technique d'interprétation du droit dont la Cour de justice a coutume de faire usage[983], permettant d'augmenter la normativité des traités et de leur droit dérivé[984]. Par droit dérivé, il faut entendre notamment les cas d'interprétation d'une convention internationale engageant l'Union et à l'appui d'une directive prise pour son application[985]. L'effet utile intervient encore en lieu et place des notions d'effectivité et d'efficacité des articles 101 et 102 TFUE en droit de la concurrence[986] ou de la directive 93/13 relative à la protection des consommateurs victimes de clauses abusives[987]. Ce dernier cas est assez explicite, puisque « *l'effet utile de la protection* » voulue par la directive succède à « *l'efficacité de la protection* » voulue par cette même directive[988], ou à des « *mesures qui soient suffisamment efficaces pour atteindre l'objet de la directive* » 76/207[989]. Plus confondant encore, en matière d'aides d'État, l'effet utile se réalise grâce au critère d'effectivité[990], tout comme en matière d'impôts indirects[991]. C'est ce qu'il ressort, de même, en matière de marchés publics[992].

344. Le coup de grâce pourrait avoir été donné par l'Avocat général Jacobs, passé inaperçu en France du fait de ce qui pourrait apparaître comme une liberté prise par les services de

---

[983] Voir J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne », *JCl. Europe*, avril 2011, pt. 34, et de façon générale D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales (Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle)*, Paris, Pedone, 1981, 936 p. Voir l'arrêt CJCE, 15 juillet 1960, aff. 20/59, *Fédéchar*, Rec. p. 665. Voir aussi R. ORMAND, « L'utilisation particulière de la méthode d'interprétation des traités selon leur « effet utile » par la Cour de justice », *RTD eur.*, 1976, n° 1 ; et P. PESCATORE, « Monisme, dualisme et « effet utile » dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne », *in Une Communauté de droit*, Berlin, Verlag, 2003, pp. 329-342.

[984] Voir les arrêts *Factortame*, *op. cit.*, pt. 22 ; et *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.*, pt. 19.

[985] *Antoine Boxus*, *op. cit.*, pt. 53, à propos de la Convention d'Aarhus et de la directive 85/337.

[986] *VEBIC*, *op. cit.*, pt. 61.

[987] *Pannon GSM*, *op. cit.*, pt. 32.

[988] *Asbeek Brusse*, *op. cit.*, pt. 50. La protection peut être aussi « effective », ce qui n'est pas pour clarifier les choses : *Océano Grupo*, *op. cit.*, pt. 26 ; *Banif Plus Bank*, *op. cit.*, pt. 27.

[989] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 17. J. CAVALLINI écrit à ce propos que « cette jurisprudence marque un recul de l'autonomie procédurale sans que la Cour ne se serve des notions d'effet utile et de non discrimination », J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, *op. cit.*, p. 243-244.

[990] *CELF II*, *op. cit.*, pt. 32.

[991] *Speranza*, *op. cit.*, comparer les pt. 46 et pt. 47.

[992] *Universale-Bau e. a.*, *op. cit.*, pt 72 ; *Uniplex*, *op. cit.*, pts 27-28.

traduction de la Cour de justice. En effet, dans ses conclusions dans l'affaire de l'aide française à la désormais défunte entreprise textile « Boussac », rendues en anglais, l'Avocat général fait mention du « principle of effectiveness (*effet utile*) »[993]. Telle est sa version, la version originale. La traduction qui s'ensuit en français ne fait alors nullement référence à l'effectivité, et seulement au « principe de l'effet utile ». Si le traducteur ne savait pas qu'en anglais la notion d'effet utile s'exprime le plus souvent en français, nous pourrions penser alors que l'Avocat général a voulu montrer qu'il juge les deux principes équivalents. Si au contraire la suppression dans la traduction de la mention « principle of effectiveness » résulte d'une intervention directe de l'Avocat général, alors nous pourrions en déduire que pour lui, l'un se fond dans l'autre. En réalité, la traduction en anglais de l'effet utile oscille entre usefull effect et principle of effectiveness[994], tendant alors à renforcer le sentiment de confusion.

345. Il apparaît alors que, au moins en ce qui concerne l'administration indirecte du droit de l'Union, le principe d'effet utile soit alternatif, tantôt au critère d'effectivité, tantôt à l'efficacité. La place qu'il occupe s'apparente donc assez à celle qu'occupe l'efficacité par rapport à l'effectivité dans les domaines plus centralisés. Il n'est cependant pas assimilable à l'efficacité, n'intervenant que comme accélérateur des effets des traités, « garant de l'intégrité de l'ordre juridique de l'Union européenne »[995], et non comme contrôleur des buts qu'ils assignent aux États membres. Il est tout de même malaisé de distinguer les portées respectives de l'effet utile et de l'effectivité, tant ils paraissent interchangeables. Leur utilisation alternative oblige ainsi à intégrer dans le champ de notre étude, ceux des arrêts qui font apparaître l'un et l'autre de ces principes.

346. Renoncer à expliquer par des arguments juridiques les relations entre ces principes ne signifie pas pour autant qu'il faille renoncer à toute tentative de faire évoluer le débat, et sans doute est-il possible de proposer un critère de distinction, au moins à des fins de prospective, qui permettrait de stabiliser la place de la protection juridictionnelle effective dans la grille d'analyse de la Cour de justice.

---

[993] Conclusions rendues 4 octobre 1989, pt. 39, dans l'affaire *France contre Commission*, *op. cit.*
[994] J. L. DA CRUZ VILAÇA, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 280, sous note de bas de page 1.
[995] *Ibid.*

Section 2 – Une place à stabiliser à l'égard de l'effectivité

347. La logique d'une « intégration douce »[996] de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour de justice est sans doute la plus pertinente. P. Gilliaux ayant déjà effectué un travail conséquent de comparaison des jurisprudences des deux Cours dans le domaine du droit au juge, nous renvoyons à son ouvrage[997]. Nous nous bornerons donc ici, partant de son constat, à rechercher un critère permettant de dire avec le plus de certitude possible les cas dans lesquels pourrait s'appliquer le principe de protection juridictionnelle effective. En retenant le choix d'une tentative d'alignement de la jurisprudence de la Cour de justice sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme – l'article 6 TUE est explicite sur ce point – il ne peut qu'être remarqué que la jurisprudence de la Cour européenne n'est pas parfaitement assimilable à celle de la Cour de l'Union, la proximité de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg étant relative (I). Cela n'empêche pas de dégager un critère simple qui pourrait servir dans chaque cas où la concordance existe (II).

I – La proximité relative de la Cour européenne des droits de l'homme

348. La Cour européenne des droits de l'homme, grâce aux droits de procédure dont elle assure le respect, a développé une jurisprudence qui vise des règles procédurales juridictionnelles au sein de ses États membres communes à celles visées par la Cour de justice (A). Or, si ces procédures peuvent trouver leur équivalent dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la distance que prennent ces deux Cours vis-à-vis des règles internes est trop différente pour qu'une assimilation parfaite puisse être entrevue (B).

A. Des modalités procédurales visées en commun

349. Le droit au juge *est une exigence* découlant du droit à un procès équitable prévu à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme[998], à côté des exigences relatives au tribunal[999], au procès[1000], et à l'accusé[1001]. Or, ce droit au juge dans l'ordre conventionnel

---

[996] H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 85.
[997] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*
[998] L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, p. 66.
[999] *Ibid.*, p. 76.
[1000] *Ibid.*, p. 78.
[1001] *Ibid.*, p. 80.

est l'équivalent du droit à une protection juridictionnelle effective dans l'ordre de l'Union[1002]. Dans ces conditions, le droit à une protection juridictionnelle effective en droit de l'Union *serait une exigence* du droit à un procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention[1003]. Le principe de protection juridictionnelle effective a été consacré, nous dit la Cour de justice de l'Union européenne, par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux[1004]. Encore faut-il y ajouter le fait que les rédacteurs de la Charte ont tenu à préciser que cet article 47 s'appuie aussi bien sur l'article 6 paragraphe 1 que sur l'article 13 de la Convention relatif au droit au recours[1005]. Par conséquent, l'obligation faite à la Cour de justice, par l'article 52 paragraphe 3 de la Charte, de donner à ses dispositions le même sens et la même portée que celles contenues dans la Convention[1006], permettrait ainsi clairement de conclure que l'article 47 de la Charte, et donc le principe de protection juridictionnelle effective, doit recevoir la même interprétation que les articles 6 et 13 de la Convention.

350. Comme il a été vu précédemment, le droit au juge de la Convention est un droit morcelé, à la différence de la protection juridictionnelle effective, au large champ d'application permis par l'article 47 de la Charte de l'Union[1007]. Il faut donc identifier dans la jurisprudence de la

---

[1002] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.* ; F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *op. cit.*

[1003] D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », *op. cit.*, p. 106.

[1004] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 37 ; *DEB*, *op. cit.*, pt. 33 ; *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 59 ; voir aussi, en dehors de la mise en oeuvre procédurale nationale du droit de l'Union, *Arango Jaramillo*, *op. cit.*, pt. 40.

[1005] Ainsi que rappelé dans l'arrêt *DEB*, *op. cit.*, pt. 32 ; et voir surtout les arrêts *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 61, et *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 59. Dans ce dernier arrêt la Cour écrit une nouvelle fois que « *En ce qui concerne, enfin, l'article 47 de la Charte, il ressort de la jurisprudence de la Cour que cette disposition constitue une réaffirmation du principe de protection juridictionnelle effective, un principe général du droit de l'Union qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950* ». Voir le commentaire de J. RIDEAU, « Article II-107 - Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », *op. cit.*, p. 593.

[1006] « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ».

[1007] Voir Titre II, Chapitre I, Section 2, II-A. Rappelons seulement que le droit au juge issu de la Convention ne comprend que les droits et obligations de caractère civil, alors que la protection juridictionnelle effective en droit de l'Union va au-delà. Dans l'ouvrage de P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 173-177, l'auteur donne quelques exemples d'application plus large du principe par la Cour de justice par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme : les litiges relevant du contentieux de la fonction publique, le droit de participer aux élections, ou encore la matière fiscale. Il faut également considérer le fait que l'article 13 de la Convention n'exige pas que le droit à un recours soit juridictionnel, une simple autorité administrative pouvant satisfaire à ses critères, *Ibid.*, p. 174. Or, ce n'est pas le cas de l'article 6, qui va dans le même sens sur ce point que la Cour de justice de l'Union européenne. Voir sur ce point l'arrêt CEDH, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, 4451/70, pts 35 et 36.

Cour européenne des droits de l'homme les modalités procédurales saisies par les articles 6 et 13 de la Convention, et qui se retrouvent également dans la jurisprudence de la Cour de justice relative à la mise en œuvre par les procédures juridictionnelles nationales. Une comparaison de leur traitement ne sera pas effectuée, l'intérêt étant seulement de voir dans les deux jurisprudences une communauté de points d'intérêt.

351. De façon générale, le droit d'accès à un tribunal au sens large fut rappelé solennellement par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni* du 21 février 1975, à propos d'un détenu qui s'était vu refuser l'accès à un avocat, nécessaire pour saisir un juge[1008]. L'article 6 de la Convention n'est alors définitivement plus cantonné aux questions du procès équitable *stricto sensu*[1009]. La Cour européenne des droits de l'homme va par conséquent décliner cette exigence de droit au juge dans ses multiples contraintes. La qualité pour agir d'un requérant devient ainsi un élément nécessaire à l'accès à un juge dans l'arrêt *Keegan contre Irlande*[1010], tout comme la Cour de justice a pu s'en inquiéter dans l'arrêt *VEBIC*[1011]. La Cour de justice avait auparavant considéré qu'une personne membre d'un groupement en Grèce devait pouvoir ester en justice en lui reconnaissant la qualité de partie, alors que la Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, admettait ce droit pour les saints monastères de l'église orthodoxe grecque[1012]. Le célèbre arrêt *Airey contre Irlande* du 9 octobre 1979[1013], connu pour avoir donné naissance aux « obligations positives » de la Convention[1014], s'est attaché lui à la question du droit à l'aide juridictionnelle en dehors d'un procès pénal. Cet arrêt, dont l'importance l'a conduit à être mentionné dans les explications relatives à l'article 47 de la Charte[1015], resurgit encore dans l'arrêt *DEB* de la Cour de justice à propos d'une aide juridictionnelle refusée à une personne morale[1016]. De même, Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice se sont prononcées sur l'intervention

---

[1008] CEDH, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, 4451/70, pt. 35.
[1009] F. SUDRE et al. (dirs), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Thémis Droit, PUF, 6e éd., p. 294.
[1010] CEDH, 26 mai 1994, *Keegan contre Irlande*, 16969/90.
[1011] *VEBIC*, *op. cit.*
[1012] CEDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères contre Grèce*, 13092/87 et 13984/88.
[1013] CEDH, 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, 6289/73. Voir aussi l'arrêt CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia contre Suisse*, 13972/88, sur la forme que peut prendre l'aide juridictionnelle.
[1014] F. SUDRE, « Convention européenne des droits de l'homme – Caractères généraux », *JCl. Europe*, 2013, pt. 67.
[1015] « En ce qui concerne le troisième alinéa, il convient de noter que, d'après la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une aide juridictionnelle doit être accordée lorsque l'absence d'une telle aide rendrait inefficace la garantie d'un recours effectif (arrêt CEDH du 9.10.1979, *Airey*, Série A, Volume 32, p. 11) », *JOUE*, 14.12.2007, C 303, p. 30.
[1016] *DEB*, *op. cit.*, pt. 46.

préalable d'un organe non juridictionnel[1017], et sur certaines règles procédurales susceptibles de mettre à mal les droits de la défense[1018].

352. Le principe de sécurité juridique, « *nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire* », a été reconnu par les deux juridictions comme un principe général du droit[1019]. Principe ancien, la sécurité juridique a motivé toute une jurisprudence relative à l'incertitude sur l'issue du procès due à une instabilité légale[1020], notamment en ce qui concerne les délais[1021]. À ce propos les délais, lorsqu'ils privent le recours de toute efficacité, doivent être considérés comme violant les règles du droit au juge[1022], renforçant encore le lien entre cette règle procédurale et le principe de protection juridictionnelle effective. La fixation de délais de recours à peine de forclusion est à l'évidence pour les deux Cours un sujet générateur d'un contentieux particulièrement fourni, du fait de « l'absence d'homogénéité » sur ce point au sein des États membres[1023]. À titre d'exemple, le cas d'un délai forclos du fait d'erreurs imputables à l'État[1024], pourrait être utilisé pour le cas d'un délai fixé à l'avance mais dont le point de départ n'est pas connu[1025]. De même, la sécurité juridique limite les cas de remise en cause de la solution rendue par un tribunal[1026], en d'autres termes la remise

---

[1017] CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, 7238/75 ; et pour la Cour de justice, l'arrêt *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*

[1018] Voir par exemple l'arrêt CEDH, 18 février 1997, *Nideröst-Huber contre Suisse*,18990/91, à propos du droit d'être entendu, et sur le même sujet, l'arrêt de la Cour de justice *M. G.*, *op. cit.G. et R.*, *op. cit.*

[1019] La citation est tirée de l'arrêt CEDH, 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, 6833/74, pt. 58, qui affirme l'existence d'un tel principe ; la Cour de justice a reconnu ce principe notamment dans l'arrêt *Ferwerda*, *op. cit.*, pt. 17.

[1020] CEDH, 9 octobre 2003, *Acimovic contre Croatie*, 61237/00.

[1021] Voir les arrêts du même jour CEDH, 26 mai 2005, *Zadro contre Croatie*, 25410/02, et CEDH, 26 mai 2005, *Peic contre Croatie*, 16787/02. Du côté de l'Union européenne, plusieurs arrêts pourraient être cités, et nous choisissons de mentionner les plus exemplaires en la matière : *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.* ; *Danske Slagterier*, *op. cit.* ; et *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*

[1022] CEDH, 11 janvier 2005, *Musumeci contre Italie*, 33695/96.

[1023] Selon l'expression d'A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE dans l'ouvrage *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit*., p. 313. L'arrêt CEDH, 22 octobre 1996, *Stubbings contre Royaume-Uni*, 22083/93 et 22095/93, note en son point 51 : « *Il faut noter que des délais de prescription dans les affaires d'atteinte à l'intégrité de la personne sont un trait commun aux systèmes juridiques des États contractants. Ces délais ont plusieurs finalités importantes, à savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé* ».

[1024] CEDH, 11 janvier 2001, *Platakou contre Grèce*, 38460/97.

[1025] Voir le cas traité par la Cour de justice *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*, pt. 47.

[1026] Sur le principe, voir l'arrêt CEDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding contre Ukraine*, 48553/99 ; réaffirmé par l'arrêt CEDH, 22 décembre 2004, *Androne c. Roumanie*, 54062/00. Voir cependant l'arrêt CEDH, 26 mai 2011, *Legrand contre France*, 23228/08, pt. 40, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'un revirement de jurisprudence peut recevoir une application rétroactive, à la condition que ce revirement soit prévisible.

en cause de l'autorité de la chose jugée[1027]. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice ont aussi eu à se prononcer sur le refus de l'accès au juge à cause de considérations trop formalistes dans les conditions de recevabilité du recours[1028]. Enfin, la difficile question de la rétroactivité d'une norme, point nodal de la sécurité juridique, est elle aussi un sujet partagé de débat au sein des deux Cours[1029].

353. Ainsi, les points de convergence existent, et sont même nombreux. Cependant, et en ce qui concerne la jurisprudence relative à la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union ou du droit de la Convention, les deux Cours ne réagissent pas de la même manière, prenant part de la sorte à la « splendide complexité » des rapports de système entre les deux cours[1030].

B. Des distances différentes à l'égard des modalités procédurales

354. Cependant, la rédaction des dispositions concernées rend leur articulation, jusqu'ici présentée comme relativement simple, bien plus sujette à débat. D'une part, le champ d'application matériel d'abord de l'article 6 paragraphe 1 est cantonné à la contestation de droits et obligation à caractère civil et aux accusations en matière pénale. L'article 6 paragraphe 1 ne s'applique pas, en effet, au large contentieux en matière fiscale[1031], ni au contentieux électoral[1032], des étrangers[1033], ou parfois de la fonction publique[1034]. L'article 13, ensuite, n'intervient que dans la mesure où l'article 6 paragraphe 1 n'est pas applicable, c'est-à-dire en dehors de la contestation de droits et obligation à caractère civil et d'accusations en matière pénale[1035]. L'incidence de cette information est double. Le champ d'application de l'article 6 est matériellement limité, et l'intervention de l'article 13 est encadrée. De plus, avec un champ

---

[1027] Pour la Cour de justice, voir les arrêts *Köbler*, *op. cit.* ; *Kapferer*, *op. cit.* ; et *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*

[1028] CEDH, 6 décembre 2007, *Sampsonidis c. Grèce*, 2834/05. La Cour de justice de l'Union européenne s'est également exprimée sur les conditions de forme qui sont susceptibles d'aboutir au rejet d'un recours : *Südzucker*, *op. cit.* Il s'agissait en l'espèce d'une erreur glissée dans un formulaire de demande de restitution à l'exportation qui a privé une entreprise exportatrice d'un droit issu du droit de l'Union.

[1029] CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, 13427/87 ; CEDH, 22 octobre 1997, *Papageorgiou contre Grèce,* 24628/94 ; et CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal, Gonzalez et al. contre France,* 24846/94 ; voir pour la Cour de justice la jurisprudence dans le sillon de l'arrêt *Marks & Spencer (I)*, *op. cit.*, voir Partie II, Titre II.]

[1030] BURGORGUE-LARSEN L., Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (juillet - décembre 2012), *AJDA*, 2013, p. 165.

[1031] CEDH, 5 octobre 1999, *Gantzner contre France*, n° 43604/98.

[1032] CEDH, 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch contre France*, n° 24194/94, pt. 51.

[1033] CEDH (G. ch.), 6 janvier 2011, *Paksas contre Lituanie*, n° 34932/04, pt. 66.

[1034] Voir les effets combinés des arrêts CEDH (G. ch.), 9 décembre 1999, *Pellegrin contre France*, n° 28541/95 ; et CEDH (G. ch.), 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen contre Finlande*, n° 63235/00.

[1035] L.-E. PETTITI, *La Convention européenne de droits de l'homme*, 2e éd., Paris, Économica, 1999, p. 460.

d'application plus étendu, l'article 13 présente pourtant des garanties moins importantes[1036], en ce qu'il n'exige pas l'existence d'un tribunal, mais seulement d'une instance qui pourrait n'être qu'une autorité administrative indépendante[1037]. Au surplus, sorti du droit conventionnel, l'article 13 souffre d'un handicap notable, au-delà de l'absence d'exigence d'un tribunal, qui est sa dépendance à l'applicabilité d'une autre disposition de la Convention[1038]. Or, si la Cour de justice fondait autrefois systématiquement le droit à une protection juridictionnelle effective à la fois sur l'article 6 paragraphe 1 et sur l'article 13 CEDH, elle a tendance désormais à ne plus faire référence qu'à la première de ces dispositions, à la satisfaction des observateurs attentifs aux rapports entre les deux ordres[1039]. Cette tendance n'est toutefois pas définitive, la Cour tenant encore à rappeler que l'article 47 réaffirme les droits issus des articles 6 et 13[1040]. De fait, l'article 47 paragraphe 1 de la Charte, qui concerne spécifiquement le droit à un recours effectif, trouve son origine à l'article 13 CEDH[1041].

355. D'autre part, l'insertion par le traité de Lisbonne à l'article 19 paragraphe 1 TUE d'un alinéa exigeant des États membres qu'ils « établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », est de nature à brouiller les pistes sur le rapport privilégié entre Charte et Convention. Cet article 19 TUE explique partiellement et tardivement pourquoi l'article 47 de la Charte et le principe de protection juridictionnelle effective ne sont aucunement contraints par les limites matérielles et procédurales des articles 6 et 13 de la Convention[1042]. En effet, la Cour de justice ne connaît pas les restrictions propres à l'article 6 de la Convention, et exige par ailleurs la présence d'un tribunal pour l'exercice du droit au recours, au-delà donc de ce que l'article 13 prescrit. Ainsi, la notion de protection juridictionnelle effective est une notion autonome du droit de l'Union.

356. Les différences quant au champ d'application des dispositions se doublent de différences sur la nature des conflits que les juges doivent résoudre. Si la Cour européenne des droits de l'homme procède à une « procéduralisation » des droits substantiels contenus dans la

---

[1036] *Ibid.*
[1037] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 174.
[1038] J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 2012, p. 416.
[1039] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*
[1040] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 61 ; *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 59.
[1041] R. TINIÈRE, « La concurrence des sources du droit », *in Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2012, p. 71.
[1042] I. PERNICE, « The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU », *op. cit.*, p. 389, explique que ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des dispositions du droit de l'Union.

Convention depuis le milieu des années 90[1043], exceptionnels sont les cas visant spécifiquement les procédures juridictionnelles[1044]. Le rôle de la Cour européenne en tant que « législateur négatif » cantonné à la seule constatation de la violation d'une disposition de la Convention « sans pouvoir ni vouloir, en principe, indiquer comment s'y conformer »[1045], imprègne sans doute encore largement la politique jurisprudentielle de Strasbourg. De plus, lorsque la Cour exerce son contrôle au regard des dispositions procédurales que sont les articles 6 et 13, le conflit devient direct, puisqu'élevé entre deux dispositions de même nature, c'est-à-dire procédurales. Ce que la doctrine allemande appelle donc les conflits indirects entre droit substantiel et mise en œuvre procédurale judiciaire[1046] n'apparaît ainsi que sous une forme embryonnaire dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans le domaine du droit au juge.

357. De cette articulation différenciée entre droit européen et droit interne découle deux conséquences partiellement divergentes : alors que les conflits indirects qui sont portés devant la Cour de justice de Luxembourg fondent le mécanisme de *subsidiarité juridictionnelle*, les conflits portés devant la Cour européenne des droits de l'homme répondent au principe de *subsidiarité* simple. La subsidiarité n'a en effet pas le même sens en droit conventionnel et pour la Cour de justice. Dans la mise en œuvre de la Convention de sauvegarde, elle signifie que la Cour européenne « *ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention ; les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention* »[1047]. Le principe de subsidiarité en droit conventionnel est donc un principe de répartition des compétences[1048], ce

---

[1043] E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 399-401, spéc. p. 399 ; l'auteur cite alors l'arrêt CEDH, 24 février 1995, *McMichael contre Royaume-Uni*, 16424/90, pt. 87 ; voir aussi, du même auteur, « La procéduralisation des droits », *in* F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014, pp. 265-300.

[1044] Les exemples énoncés par le professeur É. DUBOUT montrent en creux l'absence du juge national, au profit de l'État et de son administration : « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 399-400.

[1045] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 66.

[1046] Nous renvoyons à l'article de I. Raducu et N. Levrat, qui explique en français le sens de cette doctrine en allemand : « Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique) », *CDE*, 2007, n° 1, pp. 111-148.

[1047] CEDH (plén.), 23 juillet 1968, *Régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, n° 1474/62, pt. 10.

[1048] F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014, p. 15 et s., voir l'intitulé de la Partie I « L'affirmation d'un principe de répartition des compétences », et les articles y inclus.

qui lui permet d'opérer un équilibre entre efficacité et autonomie[1049]. Un des éléments témoins de cette subsidiarité est la règle de l'épuisement des voies de recours internes pour pouvoir saisir la Cour[1050], règle qui fait du juge national le premier acteur dans la prévention et la répression des violations de la Convention. La subsidiarité juridictionnelle en droit de l'Union, signifie, elle, que « la *Cour de justice* n'intervient, conformément au principe de subsidiarité que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les juridictions nationales et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau de la *Cour de justice* »[1051]. À l'inverse de la subsidiarité en droit de la Convention, elle n'est ici qu'un principe d'exercice de la compétence, et non de répartition de celle-ci[1052]. Au surplus, cette différence de contenu de la notion est doublée d'une autonomie de la notion de compétence procédurale, qui est construite sur les principes de primauté, de coopération loyale, ou parfois d'équivalence et d'effectivité, principes propres au droit de l'Union[1053]. Ces différences ont pu trouver une expression dans l'opposition entre une « *subsidiarité-concurrence* » de l'Union et une « *subsidiarité-complémentarité* » de la Convention[1054]. À première vue donc, la conséquence découlant de la différence de régime entre la protection juridictionnelle effective et le droit au juge semble ne pas pouvoir permettre de concilier les deux subsidiarités.

358. Cependant, la question de savoir si l'interprétation du droit de l'Union en conformité avec la jurisprudence de la Cour de Strasbourg va jusqu'à emprunter certains raisonnements au mécanisme de subsidiarité mis en place par le juge de la Convention, doit certainement être posée, ne serait-ce que par la proximité terminologique. Dans cette optique, P. GILLIAUX, qui consacre un ouvrage entier aux « droit(s) européen(s) à un procès équitable », traitant à la fois du droit de l'Union et du droit de la Convention, estime que l'autonomie procédurale telle que dégagée par la Cour de justice est « une illustration d'un principe d'administration indirecte et

---

[1049] D. SZYMCZAK, « Le principe de subsidiarité au sens du droit de la CEDH », *op. cit.*, p. 19. L'auteur estime au surplus que dans le droit de la Convention le principe de subsidiarité est plus un principe vertical ou territorial que dans le droit de l'Union, *Ibid.*, p. 24.

[1050] J.-F. RENUCCI, Droit européen des droits de l'homme, Paris, LGDJ, 4ème éd., 2010, p. 416.

[1051] D. SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire ? », *op. cit.*, p. 84.

[1052] Voir dernièrement M. DELMAS-MARTY, « Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale des États membres », *op. cit.*, p. 329.

[1053] C. PICHERAL, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 15.

[1054] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, pp. 28-29. L'inventeur de ces notions parle de *subsidiarité-concurrence* dans l'Union « dans la mesure où elle concerne a priori les compétences concurrentes de la Communauté et des États membres » ; il parle de *subsidiarité-complémentairité* dans le système conventionnel « puisque la protection européenne des droits de l'homme n'existe que pour pallier l'absence ou la défaillance de la protection nationale ».

du principe de subsidiarité »[1055]. Ainsi, il ne peut être nié que des rapports existent réellement dans la mise en œuvre de la subsidiarité par la Cour de justice et par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la subsidiarité de la Convention, qui implique une mise en œuvre décentralisée – donc par le juge national – de ses dispositions[1056], correspond sur le plan intellectuel au mécanisme d'administration indirecte qu'est la mise en œuvre procédurale nationale du droit de l'Union. Dans les deux cas, le juge national est le juge de droit commun des droits européens, ce qui pour certains auteurs se fait par l'entremise du concept plus précis de *subsidiarité juridictionnelle*, point de convergence des notions de subsidiarité des deux Europe[1057]. Or, si l'on reconnaît une proximité des deux notions de subsidiarité, sans doute alors faudrait-il étudier la possibilité que la « marge nationale d'appréciation » qui en découle en droit conventionnel[1058] ait une existence aussi en droit de l'Union, au travers de ce que nombreux appellent l' « autonomie procédurale »[1059] par exemple, ou plus largement au travers de la régulation de la compétence procédurale.

359. Faut-il rappeler, encore, que la différence essentielle entre les deux ordres juridiques – l'un étant une organisation supranationale, l'autre une organisation régionale des droits de l'homme –, ainsi que la différence structurelle entre leurs recours respectifs – le renvoi préjudiciel intervenant nettement plus en amont que l'arrêt de la Cour européenne des droits l'homme après épuisement des voies de recours –, empêchent toute transposition stricte de la notion de « marge nationale d'appréciation », de la même manière que les deux notions de subsidiarité ne sont pas parfaitement assimilables. Néanmoins, la subsidiarité juridictionnelle savamment aiguillée par la Cour de justice fait nécessairement place, à chaque fois que l'exercice de la compétence procédurale de l'État membre est reconnue, à une certaine marge d'appréciation.

360. Si les jurisprudences des deux Europe se retrouvent souvent sur des terrains d'action communs, il serait précipité néanmoins d'en conclure à une identité de préoccupations. Leurs rôles respectifs les éloignent l'une de l'autre en ce qui concerne leur capacité à atteindre le cœur des règles procédurales internes. Deux éléments viennent ainsi tempérer la possibilité d'assimiler pleinement les deux jurisprudences.

[1055] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 288.
[1056] F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11ème éd., 2012, p. 212.
[1057] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29.
[1058] F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11ème éd., 2012, p. 231.
[1059] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 29.

361. Le premier élément est leur attitude à l'égard de la mise en œuvre effective du droit dont elles assument l'interprétation. En effet, en ce qui concerne l'article 6 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme écrit certes qu'il est nécessaire que « *les ressources offertes par le droit interne se révèlent effectives* »[1060], mais la jurisprudence de la Cour en la matière montre bien que les États ne sont obligés qu'à un résultat, et non à des moyens[1061]. Cette position est plus palpable encore pour l'article 13, pour la réalisation duquel la Cour de Strasbourg rappelle qu'il ne prescrit pas de « *'façon' déterminée d'assurer […] l'application effective* » de la Convention[1062]. À l'inverse, la Cour de justice de l'Union européenne n'hésite pas à viser directement une règle procédurale interne et à dire avec une grande précision dans quel cas cette règle pourrait être ou non conforme avec l'interprétation qu'elle donne du droit de l'Union[1063]. Elle peut même aller jusqu'à imposer elle-même par exemple un délai de forclusion[1064]. La Cour européenne des droits de l'homme, elle, reste traditionnellement en retrait par rapport aux règles procédurales nationales, ne faisant que constater un manquement aux obligations nées de la Convention. Ce constat amène au second élément tempérant l'assimilation des deux jurisprudences.

362. Ce second élément réside dans la désignation de l'autorité susceptible d'engager la responsabilité de l'État. La faiblesse du rapprochement entre compétence procédurale répartie par la Cour de justice et celle répartie par la Cour de Strasbourg se révèle en effet dans l'article 46 de la Convention, relatif à l'exécution des arrêts, et pour lequel la Cour a rappelé que « *seule se trouve en jeu la responsabilité internationale de l'État* », si bien que le juge de Strasbourg

---

[1060] CEDH, 12 février 1985, *Colozza contre Italie*, 9024/80, pt. 30 : « *Les État contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de répondre aux exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) en la matière. La tâche de la Cour ne consiste pas à les leur indiquer, mais à rechercher si le résultat voulu par la Convention se trouve atteint (voir, mutatis mutandis, l'arrêt De Cubber du 26 octobre 1984, série A no 86, p. 20, par. 35). Pour cela, il faut que les ressources offertes par le droit interne se révèlent effectives et qu'il n'incombe pas à un tel "accusé" de prouver qu'il n'entendait pas se dérober à la justice, ni que son absence s'expliquait par un cas de force majeure* ».

[1061] J. GUILLARMOD, « Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal », *op. cit.*, p. 619.

[1062] CEDH, 21 février 1986, série A n° 98, *James et a. contre Royaume-Uni*, pt. 84, p. 47. Faut-il aussi relever que l'article 13 CEDH n'oblige pas à ouvrir une voie de droit permettant de contester les lois d'un État contractant ? CEDH (G. ch.), 6 octobre 2005, *Maurice contre France*, req. n° 11810/03, pt. 107.

[1063] Voir par exemple l'arrêt CJCE, 15 mars 2007, aff. C-35/05, *Reemstma Cigarettenfabriken*, Rec. p. I-02425, où la Cour écrit au point 40 « *si le remboursement de la TVA devient impossible ou excessivement difficile, notamment en cas d'insolvabilité du fournisseur, lesdits principes peuvent exiger que le preneur de services puisse diriger sa demande de remboursement directement contre les autorités fiscales. Ainsi, les États membres doivent prévoir les instruments et les modalités procédurales nécessaires pour permettre audit preneur de récupérer la taxe indûment facturée afin de respecter le principe d'effectivité* ».

[1064] *Grundig Italiana SpA*, *op. cit.*, pt. 40.

« *n'a pas à préciser à quelle autorité nationale (un) manquement est imputable* »[1065]. Or, une telle retenue n'existe pas pour la Cour de justice, qui peut aller jusqu'à retenir la responsabilité de l'État du fait des décisions juridictionnelles[1066].

363. Cette distance prise par la Cour européenne des droits de l'homme par rapport aux règles de procédures nationales tranche par rapport à l'interventionnisme normalisé de la Cour de justice. Cela n'empêche pas de tenter de proposer un critère de distinction.

II – La nécessaire détermination d'un critère pour la Cour de justice

364. Proposer un critère d'application du principe de protection juridictionnelle effective dans la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union répond à l'exigence de prévisibilité juridique, qui est un volet de la sécurité juridique. Cela répond aussi à la nécessité de clarification du droit au sens large, et en ce sens il s'agit d'une entreprise de légistique *lato sensu*[1067], c'est à dire l'art de la rédaction du droit[1068], étendu aux autorités juridictionnelles[1069]. Ainsi, la « complexité propre à l'agencement des actes communautaires »[1070] avec le droit national doit laisser place à une clarification portée par le juge « au rang d'exigences juridiques supérieures au service de l'impératif de sauvegarde des droits et libertés fondamentaux », lui-même associé aux « exigences d'une société démocratique »[1071]. La recherche d'une solution commune est facilitée, voire devenue inévitable, par le fait que l'ensemble des cours européennes reconnaissent aujourd'hui le droit d'accès à un tribunal[1072].

[1065] CEDH, 13 juillet 1983, série A n° 66, *Zimmermann et Steiner contre Suisse*, pt. 32, p. 13, cité par J. GUILLARMOD, « Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal », *op. cit.*, p. 621.

[1066] Depuis l'arrêt *Köbler*, *op. cit.* ; voir aussi L. COUTRON, « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : franche innovation ou faux semblant ? », *RAE-LEA*, 2005, n° 4 p. 659-686 ; et J. W. PETER, « Kobler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this », *CMLR*, 2004, n° 41, p. 177-190.

[1067] E. CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines (lisibilité, clarté, accessibilité, précision) : des objectifs communs des droits communautaire et français ? », *in* F. PÉRALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 81.

[1068] D. RÉMY, *Légistique. L'art de faire des lois,* Romillat, 1994, n° 238.

[1069] G. BRAIBANT, « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n° 64, 1993, p. 43. La légistique a été pour la première fois définie en France par J. CHEVALLIER dans son ouvrage *Science administrative*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2ème éd., 1995 : c'est « la science de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes ».

[1070] E. CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines », *op. cit.*, p. 101.

[1071] E. CARTIER, « Simplification du droit et notions voisines », *op. cit.*, pp. 99-100.

[1072] L'arrêt CEDH, 21 février 1975, série A, n. 18, *Golder contre Royaume-Un*i ; et l'arrêt *Marguerite Johnston*, *op. cit.* de la Cour de justice. En France, le Conseil d'État l'a reconnu auparavant dans l'arrêt CE, 7 janvier 1972, *Élections au Conseil de l'Unité d'enseignement et de recherche des lettres et sciences humaines de l'Université de Limoges*, *Rec.*, 26 ; de même que la Cour de cassation dans l'arrêt

365. La solution la plus simple, qui pourrait répondre au « besoin de clarté et sobriété du droit »[1073], serait de faire jouer la protection juridictionnelle effective dans tous les cas où le droit au juge au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est en cause. Ainsi, quand la Cour de justice est face à une disposition procédurale nationale qui met à mal un des multiples éléments du droit à un procès équitable, c'est le principe général de protection juridictionnelle effective qu'il faudrait appliquer. En dehors du strict cercle englobant ces cas, le seul principe de primauté devrait jouer, et non celui d'effectivité. Nous avons vu en effet que ce critère est plus un frein à la primauté du droit de l'Union qu'un de ses facilitateurs[1074].

366. Par exemple, dans ses conclusions dans l'affaire *Factortame*, l'avocat général M. G. Tesauro avait proposé que la modalité procédurale interne qui empêchait d'octroyer des mesures provisoires soit confrontée au respect du principe général de protection juridictionnelle effective[1075], dans la lignée des arrêts *Johnston* et *Heylens*[1076]. Dans ces trois situations était en effet en cause l'accès à un juge. Or, la Cour n'a pas suivi son avocat général, et s'est placée dans le cadre de la compétence procédurale réservée aux États membres, renvoyant à l'ordre juridique interne le soin de prévoir les modalités procédurales[1077].

367. Il peut être maintenant montré que lorsque de la Cour européenne des droits de l'homme a traité une disposition procédurale nationale sous l'angle de l'article 6 ou de l'article 13, la Cour de justice peut tout à fait faire tomber une disposition comparable qui lui est présentée sous le coup de la protection juridictionnelle effective uniquement. Le bénéfice de ce ralliement serait indubitablement une simplification du raisonnement de la Cour. L'arrêt *Alassini*, qui a déjà été présenté, constitue par la complexité de sa grille d'analyse un premier exemple de choix. Pour mémoire, le droit italien imposait qu'un litige en matière de communications

---

Ass. plén., 30 juin 1995, *M. X.*, Bull. 1995, 513 ; et enfin le Conseil constitutionnel l'a reconnu dans sa décision du 9 avril 1996, DC 96-373, *Autonomie de la Polynésie française.*

[1073] M. PETITE, « Introduction. « La simplification du droit, cette chose si complexe... » », *in* F. PÉRALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, p. 1.

[1074] Voir Titre I, Chapitre II, Section 2, II-A.

[1075] Voir les points 15 et 34 des conclusions rendues le 17 mai 1990 dans l'affaire *Factortame*, *op. cit.*, pt. 19.

[1076] *Marguerite Johnston*, *op. cit.* ; et *Heylens*, *op. cit.*

[1077] C'est sous l'angle de l'obligation d'efficacité que la compétence procédurale est alors encadrée : *Factortame*, *op. cit.*, pts 19-20. Cette opposition de vues a été étudiée dans le détail par J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, *op. cit.*, p. 308-318. L'auteur reconnaît néanmoins que se met en place progressivement une « annexion communautaire du juge du provisoire », *Ibid.*, p. 355.

électroniques entre utilisateur final et fournisseur du service dussent faire l'objet d'une tentative de conciliation obligatoire, préalablement à tout recours juridictionnel. La Cour de justice, saisie sur la question du respect de cette disposition procédurale à l'article 6 de la Convention et à la directive « service universel », répondit sur le fondement des critères d'équivalence, d'effectivité, puis du principe de protection juridictionnelle effective. Le critère d'équivalence étant respecté[1078], c'est sur les notion d'effectivité et de protection juridictionnelle effective que s'est porté l'essentiel du raisonnement. L'effectivité, tout d'abord, requérait que la procédure de conciliation préalable soit accessible autrement que par la seule voie électronique, et que des mesures provisoires puissent être décidées[1079]. La protection juridictionnelle effective, ensuite, a commandé à la Cour de faire appel aux « *objectifs d'intérêt général* »[1080] qui ont ici permis de justifier une procédure qui pourtant « *introduit une étape supplémentaire pour l'accès au juge* »[1081]. Ce dédoublement du raisonnement sur la conformité au droit d'une procédure nationale en analysant en premier lieu la violation de l'effectivité, et en second lieu la justification permise par la protection juridictionnelle effective, aurait pu être normalement traité d'un seul tenant si dès le départ référence avait été faite à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

368. Ainsi, les juges de Strasbourg avaient déjà eu à se prononcer sur la question similaire d'une procédure administrative préalable à un recours juridictionnel dans l'arrêt du 23 juin 1981 *Le Compte, Van Leuven et De Meyre contre Belgique*. Partant des exigences de l'article 6 de la Convention, la Cour européenne avait estimé que « *[d]es impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et a fortiori d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects à ces mêmes prescriptions ; un tel système peut se réclamer de la tradition juridique de beaucoup d'États membres du Conseil de l'Europe* »[1082]. Nul doute donc que la question du recours administratif préalable tombe dans le champ de l'article 6 de la Convention. La Cour de justice, suivant le raisonnement que nous proposons, pourrait alors répondre comme suit à la question posée par le juge italien dans l'affaire *Alassini*[1083] :

[1078] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pts 48-51.
[1079] *Ibid.*, pts 58 et 59.
[1080] *Ibid.*, pt. 63.
[1081] *Ibid.*, pt. 62.
[1082] CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, 7238/75, pt. 51.
[1083] Les passages entre guillemets sont extraits de l'arrêt ; les termes éventuellement soulignés sont des modifications proposées.

> 37. « *La question de la juridiction de renvoi doit être comprise comme visant à savoir, en substance, si l'article 34 de la directive « service universel » et le principe de protection juridictionnelle effective doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre en vertu de laquelle les litiges en matière de services de communications électroniques entre utilisateurs finals et fournisseurs de ces services, relevant des droits conférés par cette directive, doivent faire l'objet d'une tentative de conciliation extrajudiciaire obligatoire comme condition de recevabilité des recours juridictionnels* »[1084].

369. La partie de la question relative à l'article 34 de la directive « service universel » n'appelle pas de commentaire particulier, car il s'agit d'un conflit direct entre deux dispositions procédurales de l'Union et d'un État membre, en l'espèce l'Italie. La réponse que lui donne la Cour de justice n'entre donc pas dans le champ de notre étude, et nous suggérons que celle fournie dans l'arrêt soit préservée[1085]. En revanche, en ce qui concerne le respect du principe de protection juridictionnelle effective, à la différence de la Cour qui annonce « *Sur les principes d'équivalence et d'effectivité ainsi que le principe de protection juridictionnelle effective* »[1086], nous proposons que seul le principe général du droit soit traité. Ainsi, la poursuite du raisonnement irait ainsi :

> 47. « Il convient de rappeler que le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit de l'Union, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, ce principe ayant d'ailleurs été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »[1087].

[1084] Extrait de *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 37.

[1085] « *À cet égard, force est de constater que l'article 34, paragraphe 1, de la directive « service universel » assigne comme objectif aux États membres l'instauration de procédures extrajudiciaires pour régler les litiges non résolus auxquels sont parties des consommateurs et qui concernent des questions relevant de ladite directive. Dans ces conditions, le fait qu'une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, non seulement ait mis en place une procédure de conciliation extrajudiciaire, mais, de surcroît, ait rendu obligatoire le recours à celle-ci, préalablement à la saisine d'un organe juridictionnel, n'est pas de nature à compromettre la réalisation de l'objectif susmentionné. Au contraire, une telle réglementation, en ce qu'elle garantit le caractère systématique du recours à une procédure extrajudiciaire de règlement des litiges, tend à renforcer l'effet utile de la directive « service universel* » : *Ibid.*, pt. 45.

[1086] *Ibid.*, pt. 47, ce titre annonçant une partie de l'argumentation de la Cour.

[1087] *Ibid.*, pt. 61. La numérotation des paragraphes ne suit plus à partir de là celle de l'arrêt rendu par la Cour. L'écart ici entre les paragraphes 37 et 47 est celui utile aux neufs paragraphes nécessaires à la Cour pour traiter la conformité de la disposition à la directive.

48. « Conformément à une jurisprudence constante, en l'absence de réglementation de l'Union 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 destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, les États membres ayant toutefois la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection juridictionnelle effective de ces droits »[1088].

49. « En premier lieu, différents éléments font apparaître qu'une procédure obligatoire de conciliation, telle que celle en cause au principal, n'est pas de nature à porter atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective ».

370. S'ensuivraient alors les quatre motifs auxquels fait appel la Cour pour expliquer sa position : le résultat de la procédure de conciliation n'est pas contraignant pour les parties, cette procédure n'entraîne pas de retard substantiel dans l'introduction d'un recours juridictionnel, elle est gratuite, et la prescription des droits est suspendue[1089]. Puis :

54. « Cependant, le droit à une protection juridictionnelle effective pourrait être atteint pour certains justiciables, et notamment ceux ne disposant pas d'un accès à Internet, s'il ne pouvait être accédé à la procédure de conciliation que par la voie électronique. Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas, notamment eu égard à la disposition de l'article 13, paragraphe 1, du règlement de résolution »[1090].

55. « De même, il appartient à cette juridiction de vérifier si, dans des cas exceptionnels où des mesures provisoires sont nécessaires, la procédure de conciliation soit permet, soit n'empêche pas l'adoption de ces mesures »[1091].

56. « Dans ces conditions, il convient de considérer que la réglementation nationale en cause au principal respecte le principe de protection juridictionnelle effective pour autant que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès à la

[1088] Adapté de l'arrêt *Ibid.*, pt. 47.
[1089] *Ibid.*, pts 54 à 57.
[1090] *Ibid.*, pt. 58.
[1091] *Ibid.*, pt. 59.

procédure de conciliation et que des mesures provisoires sont possibles dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose »[1092].

57. « En second lieu, il est constant, dans les affaires en cause au principal, que, en conditionnant la recevabilité des recours juridictionnels introduits en matière de services de communications électroniques à la mise en œuvre d'une tentative de conciliation obligatoire, la réglementation nationale en cause introduit une étape supplémentaire pour l'accès au juge. Cette condition pourrait affecter le principe de protection juridictionnelle effective »[1093].

58. « Néanmoins, il ressort d'une jurisprudence constante que les droits fondamentaux ne constituent pas des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et n'impliquent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis »[1094].

59. « Or, ainsi que le gouvernement italien l'a relevé à l'audience, il y a tout d'abord lieu de constater que les dispositions nationales en cause visent un règlement plus rapide et moins onéreux des litiges en matière de communications électroniques, ainsi qu'un désencombrement des tribunaux, et poursuivent, par conséquent, des objectifs d'intérêt général légitimes »[1095].

60. « Ensuite, il apparaît que l'imposition d'une procédure de règlement extrajudiciaire, telle que celle prévue par la réglementation nationale en cause au principal, n'est pas, au regard des modalités précises de fonctionnement de ladite procédure, […] disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis. En effet, d'une part, ainsi que Mme l'avocat général l'a constaté au point 47 de ses conclusions, il n'existe pas d'alternative moins contraignante à la mise en œuvre d'une procédure obligatoire, l'introduction d'une procédure de règlement extrajudiciaire purement facultative ne constituant pas un moyen aussi efficace d'atteindre lesdits objectifs. D'autre part, il n'existe pas de disproportion manifeste

[1092] *Ibid.*, pt. 60.
[1093] *Ibid.*, pt. 62.
[1094] *Ibid.*, pt. 63.
[1095] *Ibid.*, pt. 64.

entre ces objectifs et les éventuels inconvénients causés par le caractère obligatoire de la procédure de conciliation extrajudiciaire »[1096].

61. « Eu égard à ce qui précède, il convient de considérer que la procédure nationale en cause au principal respecte également le principe de protection juridictionnelle effective, sous réserve des conditions mentionnées aux points 54 et 55 du présent arrêt »[1097].

371. Dans cette grille d'analyse, équivalence et effectivité n'apparaissent pas. Ainsi, le raisonnement proposé utilise le seul droit à une protection juridictionnelle effective, dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme a traité une procédure comparable sous l'angle de l'article 6 ou de l'article 13 de la Convention. De ce fait, la Cour de justice, tout en simplifiant son raisonnement, tendrait de surcroît un peu plus vers l'accomplissement de l'article 6, paragraphe 3 TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». La perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention, quoique retardée par l'avis 2/13 de la Cour de justice, voire remise aux calendes grecques[1098], impliquerait de surcroît une mise sous contrôle de la Cour de justice par la Cour européenne des droits de l'homme sur le respect des exigences liées au droit au juge[1099]. De plus, la préservation de la protection juridictionnelle effective en tant que principe général du

[1096] *Ibid.*, pt. 65.
[1097] *Ibid.*, pt. 66.
[1098] L'adhésion requise par l'article 6 TUE pourrait bien rester « lettre morte » (PICOD. F., « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *JCP G*., n. 6, février 2015, 145), l'avis de la Cour de justice lui ayant marqué un « coup d'arrêt » (SIMON D., « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, n. 2, février 2015, étude 2), faisant de cette adhésion une « défunte » (LABAYLE H., SUDRE F., « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015, p. 3), à propos de l'avis *Avis au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, *op. cit.* Déjà, dans sa thèse, C. Maubernard estimait que le débat sur l'adhésion était un « faux problème » car il n'existe pas « de risque de contradiction quant à la portée juridique » de la Convention au sein des États membres, tous adhérents à ladite Convention. De plus, la Cour de justice intègre les normes compatibles avec son ordre juridique, dont font partie les normes de la Convention. Une adhésion n'aurait donc pas d'apport particulier : C. MAUBERNARD, *Les normes jurisprudentielles de la Cour de justice des Communautés européennes : contribution à l'étude du pouvoir judiciaire communautaire*, Thèse microfichée, Université de Montpellier, 2001, pp. 91-93.
[1099] L'avis de la Cour de justice a en effet été défavorable : *Ibid.* ; sur le contrôle à venir de la Cour de Strasbourg sur la Cour de Luxembourg, voir J. RIDEAU, « Article II-107 - Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », *op. cit.*, p. 607.

droit laisse au juge de l'Union une marge de manœuvre telle qu'il reste libre d'adapter la jurisprudence de la Cour de Strasbourg aux spécificités d'un ordre juridique d'intégration.

372. En effet, les champs d'application des articles 6 et 13 de la Convention et 47 de la Charte sont trop hétérogènes pour envisager un alignement exhaustif de la Cour de justice sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est ainsi matériellement impossible de prétendre pouvoir renvoyer systématiquement, dans chaque cas dans lequel le droit au juge est en cause, aux solutions dégagées par la Cour européenne des droits de l'homme, tout simplement parce que la plupart du temps, de telles solutions n'existent pas. Qu'il s'agisse de sortir des accusations en matière pénale ou des sanctions à caractère civil, et l'article 6 devient inexploitable. Qu'il s'agisse de faire appel à l'article 13 plus généralement, et toute la jurisprudence relative aux autorités non juridictionnelles est susceptible de brouiller les pistes, la logique de la mise en œuvre d'un article n'étant pas la même lorsque son champ est plus étendu.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

373. Effectivité et protection juridictionnelle effective ne peuvent pas être totalement assimilées[1100], mais le droit au juge peut s'appliquer à des situations régies traditionnellement par l'effectivité, les deux notions pouvant recouvrir parfois les mêmes réalités juridiques[1101]. La doctrine est très incertaine sur la question de l'articulation entre ces deux outils utilisés alternativement, cumulativement, ou de façon exclusive par la Cour de justice. L'effectivité est-elle un démembrement de la protection juridictionnelle effective, ou est-ce le contraire ? Les deux instruments sont-ils assimilables et réductibles l'un à l'autre ? La question devient encore plus intéressante lorsqu'on y ajoute le système conventionnel de Strasbourg. En effet, le droit au juge dans l'ordre conventionnel est l'équivalent du droit à une protection juridictionnelle effective tel que mis en œuvre par la Cour de justice[1102]. Ainsi, d'aucuns ont pu confondre volontairement critère d'effectivité de la Cour de justice et droit au juge de la Convention[1103]. La complexité inhérente à tout système juridique métissé ne serait pas s'il fallait ne s'en tenir qu'à ces éléments, sans intégrer les principes d'effet utile et d'efficacité, auxquel la Cour de justice fait aussi appel dans la répartition de l'exercice de la compétence procédurale. Las, aucune systématisation de la jurisprudence de la Cour ne semble possible, la voie choisie par la Grande chambre n'étant pas pleinement suivie par les chambres, qui s'affranchissent régulièrement de la grille d'analyse posée dans le trilogue *Unibet*, *Impact*, et *Lesookranarskse zoskupenie*. Cependant, cela ne doit pas empêcher de proposer une clarification. Ainsi, le raisonnement proposé serait pour la Cour de justice d'utiliser le seul droit à une protection juridictionnelle effective, dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme a traité une procédure comparable sous l'angle de l'article 6 ou de l'article 13 de la Convention.

[1100] S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Redefining the Relationship between « Rewe-effectiveness » and Effective Judicial Protection », *op. cit.*, p. 50.

[1101] A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, *op. cit.*, p. 272, sous n. 53, qui pense que l'effectivité peut être une expression de la protection juridictionnelle effective. Il suit en cela le raisonnement de l'avocat général J. Kokott dans ses conclusions rendues le 19 novembre 2009 dans l'affaire *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 42.

[1102] P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.* ; F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », *op. cit.*

[1103] G. GUILLAUME, « Conclusions générales », *op. cit.*, p. 220.

CONCLUSION DU TITRE II

374. La « systématisation des principes généraux du droit par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dessine progressivement les contours d'une vision 'européenne' de l'État de droit »[1104], cet État de droit devenu un principe de l'Union dans le Préambule de la Charte des droits fondamentaux adoptée le 7 décembre 2000. Dans ce système-là, le droit à une protection juridictionnelle effective joue un rôle structurant, et son arraisonnement émergent au droit au juge au sens de la Convention européenne des droits de l'homme est de nature à modifier la perception que la Cour de justice se fait de l'Union de droit. Cette hybridation en cours de la jurisprudence de la Cour de justice amène inexorablement à s'interroger sur la compatibilité des deux jurisprudences dans le domaine de la compétence procédurale. Le point commun entre le traitement de l'exercice de la compétence procédurale des États membres par la Cour de justice et la marge d'appréciation qui leur est laissée par la Cour européenne des droits de l'homme se résume à l'expression de la *subsidiarité*[1105]. Cette subsidiarité, bien que traitée différemment par les deux Cours, peut néanmoins trouver un point de convergence avec le principe de protection juridictionnelle effective. Les jurisprudences des deux juridictions se retrouveraient alors sur un terrain, celui du droit au juge, permettant à la Cour de justice d'emprunter à la Cour européenne des droits de l'homme une part de son champ d'application. Ainsi, à chaque fois que la Cour de justice est face à une disposition procédurale nationale comparable à une autre déjà traitée par la Cour européenne des droits de l'homme sous l'angle des articles 6 et 13 de la Convention, elle pourrait faire intervenir uniquement le principe de protection juridictionnelle effective. Par conséquent, tous les cas concernant la compétence procédurale des États membres n'ont pas à être traités par la protection juridictionnelle effective. Il faut soustraire en effet les affaires dans lesquelles la disposition procédurale interne n'a pas de cas comparable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ces cas-là, la Cour de justice ferait traditionnellement appel aux autres outils d'encadrement, comme celui d'effectivité ou l'application *nue* du principe de primauté.

375. En procédant de même, mais en hybridant le raisonnement propre à celui de l'encadrement classique de l'équivalence et l'effectivité avec le raisonnement des objectifs

---

[1104] D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, pp. 85-86.

[1105] Sur l'assimilation de la marge d'appréciation à la subsidiarité, voir F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11ème éd., 2012, PUF, pp. 231 et s. ; voir aussi P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, *op. cit.*, p. 27.

légitimes de la jurisprudence de Strasbourg, l'arrêt *Alassini* apparaît ainsi comme une conséquence naturelle de l'intervention du principe de protection juridictionnelle effective dans l'encadrement de la compétence procédurale. Or, la pusillanimité de la Cour dans l'application de la grille de raisonnement élaborée dans l'arrêt *Alassini* ne permet aucune conclusion définitive sur les rapports entre les différents outils utilisés par la Cour pour répartir l'exercice de la compétence procédurale entre elle-même et le juge national.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

376. La nature de l'équivalence est comparable à celle de l'effectivité. Ces outils classiques de l'encadrement des modalités procédurales nationales sont tous les deux des critères, nonobstant la dénomination de principe que lui attribuent la Cour de justice et la doctrine. Donner à ces deux outils la qualification de principe serait affaiblir la normativité du droit de l'Union, l'équivalence et l'effectivité n'étant pas la formulation de l'idée de droit. L'interposition de l'effectivité entre primauté du droit de l'Union et mise en œuvre procédurale nationale tend par ailleurs à soutenir cet affaiblissement de la normativité du droit issu des traités. Ces critères forment néanmoins une paire fondée sur l'exigence de loyauté des États membres, alors que cette même loyauté, paradoxalement, n'est plus invoqué, sinon que rarement, par la Cour lorsque les deux critères sont appliqués indépendamment l'un de l'autre. L'intérêt de l'étude de ces critères est cependant ailleurs, dans la prise en compte du contexte procédurale interne pour interpréter les obligations découlant de l'équivalence et de l'effectivité depuis les arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* du 14 décembre 1995. En fait de pragmatisme, c'est à un approfondissement de son contrôle auquel procède la Cour de justice, qui s'autorise ainsi à prendre étudier plus en profondeur le système procédural interne. Or, la Cour de justice ne s'autorise cela qu'en contrepartie d'une reconnaissance explicite de l'identité nationale des États membres[1106], en s'obligeant à prendre en compte les principes qui sont *à la base du système juridictionnel national* pour statuer. Cette innovation n'est cependant que formelle, la Cour n'ayant pas attendu 1995 pour procéder à une étude détaillée du contexte procédural interne. La concomitance de l'adoption du traité de Maastricht qui intègre pour la première fois formellement la notion d'identité nationale et la suppression de la publication au Recueil des rapports de la Cour pousse le juge à cette opération vérité, pour une meilleure compréhension de sa jurisprudence.

377. Or, les critères *classiques* d'équivalence et d'effectivité sont désormais complétés par le principe *moderne* de protection juridictionnelle effective. De là à penser que la Cour de

[1106] Sur la tension entre intégration et reconnaissance des exigences nationales, voir les contributions de D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, et D. SARMIENTO, « National Voice and European Loyalty. Member State Autonomy, European Remedies and Constitutional Pluralism in EU Law », *op. cit.*

justice passe de l'âge classique à l'ère moderne, il n'y a qu'un pas, que nous franchissons volontiers.

378. L'équivalence existe dans un système fédéral comme les États-Unis, mais ce n'est pas le cas de l'effectivité[1107]. Cette différence est un signe du caractère *contra* primauté de ce critère, mais un révélateur cependant de la nature spécifique de la mise en œuvre du droit de l'Union, qui se construit sur deux jambes, sa Cour de justice et le juge national. Toutefois, en déniant à l'effectivité la qualification de principe, il semble falloir *a fortiori* écarter la qualification de principe général du droit[1108], et ceci pour deux raisons : elle n'est ni souhaitable, ni nécessaire. À l'inverse, le droit à une protection juridictionnelle effective occupe une place d'autant plus importante qu'il est directement inspiré de « l'esprit général du régime »[1109], en tant que principe général du droit. La place que ce dernier occupe est donc amenée à s'étendre, entrainant dans son sillon l'incorporation du droit au juge au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

379. Certains pensent que les droits fondamentaux dans ce domaine sont utilisés « comme un instrument pour contenir l'autonomie des États membres plutôt que d'améliorer les droits des citoyens »[1110]. Or, le droit n'existe « que par et pour » l'individu[1111], et le rôle du juge dans la protection des individus est supposé donner toute son efficacité à cette affirmation. Le débat qui peut donc exister sur la différence de fonction entre effectivité – qui garantit un certain niveau de réalisation du droit de l'Union – et protection juridictionnelle effective – qui garantit un certain degré de protection des individus – est un débat sain et qui peut avoir lieu. Cependant, il ne peut être nié que la Cour de justice applique déjà largement le droit de la Convention. Dans ces conditions, « le juge communautaire aura t-il un autre choix que celui d'accentuer ses raisonnements en termes de droits fondamentaux »[1112] ? L'inspiration conventionnelle de même que la volonté de donner plus de place à l'identité nationale des États membres détermine la

---

[1107] G. A. BERMANN, « Une vue outre-atlantique de la Cour et de sa jurisprudence », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 724.

[1108] Voir D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », *op. cit.*, p. 108, où l'auteur affirme que les deux principes d'équivalence et d'effectivité ne sont pas des droits fondamentaux.

[1109] G. BURDEAU, *Traité de science politique*, *op. cit.*, p. 107.

[1110] C'est ce que rappelle A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 301. Pour elle, il n'y a pas d'opposition entre primauté et droits fondamentaux : « la primauté du droit de l'Union et le droit fondamental à une protection juridictionnelle coexistent souvent dans la jurisprudence, et mènent à l'exigence d'un certain standard de droit procédural ».

[1111] J.-J. SUEUR, « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 16.

[1112] H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *op. cit.*, p. 85.

variabilité de l'encadrement des modalités procédurales devant le juge interne. Il s'agit alors d'un désencadrement de la compétence procédurale, mais pleinement maîtrisé par la Cour de justice.

PARTIE II – UN DÉSENCADREMENT MAÎTRISÉ DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE

380. L'encadrement de la compétence procédurale, nous l'avons vu, est tributaire de l'intensité normative qui entoure le cas d'espèce qui est porté devant la Cour de justice. Plus la législation de l'Union est contraignante et précise, et la compétence qui assied cette législation est transférée, plus la Cour de justice est exigeante dans l'encadrement des modalités procédurales nationales. Néanmoins, relever que cet encadrement n'est le fruit que des principes – *équivalence*, *effectivité*, *efficacité*, *protection juridictionnelle effective*… – qui sont mentionnés par la Cour, ne proposerait qu'une vision partielle des moyens à la disposition de la Cour de justice. La compétence procédurale des États membres fait aussi l'objet de modulations qui ne font pas partie des méthodes d'encadrement *stricto sensu*, mais qui ont pourtant une influence déterminante sur l'ouverture des dispositions invocables, et sur la réponse de la Cour. Ces modulations se situent précisément aux deux extrémités des recours ouverts devant la Cour de justice : l'invocabilité devant le juge interne des dispositions du droit de l'Union, au seuil de tout conflit indirect, et l'acceptation de justifications apportées par les États membres une fois la modalité procédurale remise en question, dans les derniers instants du raisonnement de la Cour dans son arrêt. La première de ces techniques a permis à la Cour d'étendre sa compétence d'interprétation à l'ensemble du droit de l'Union, qu'il soit ou non d'effet direct. La seconde de ces techniques a permis aux États membres de relativiser, voire d'échapper à une possible censure, une « cassation préventive »[1113] de la modalité procédurale interne, en ligne directe avec la « montée en puissance de la théorie du respect par l'Union de l'identité constitutionnelle nationale »[1114]. S'agit-il d'un échange de bons offices, consistant pour la Cour à accepter ces justifications étatiques en contrepartie d'une extension de sa compétence ? Quelle qu'en soit la réponse, il semble clair que la Cour dispose d'outils variés pour répartir la compétence procédurale entre elle-même et le juge national (**TITRE I**). L'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice en fonction de ces outils variés permet de procéder à une nouvelle classification de ses décisions, qui retrouvent alors une cohérence d'ensemble (**TITRE II**).

[1113] Selon l'expression de A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 15.
[1114] D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 24.

TITRE I – DES OUTILS VARIÉS DE RÉPARTITION DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE

381. Deux révolutions lentes ont cours depuis ces vingt dernières années, et elles n'ont, en apparence, pas de lien entre elles. La première est la reconnaissance de plus en plus nette par la Cour de la possibilité, pour les États membres, de faire valoir des justifications en cas de non respect des critères d'encadrement de leur compétence procédurale, et donc de violation du droit de l'Union. Ces justifications peuvent tenir par exemple à la bonne administration de la justice, à la sécurité juridique, ou aux droits de la défense. La seconde révolution est le désintérêt croissant de la Cour pour la distinction entre normes d'effet direct et normes n'en étant pas pourvues. Il ne suffit plus en effet qu'une norme soit d'effet direct pour qu'elle soit invocable. Cela vaut par exemple pour l'obligation de réparer à un justiciable les effets de la violation du droit de l'Union. Ces deux mouvements – la structuration des justifications et l'abandon de la condition d'effet direct – ne sont pas sans lien, et pourraient même participer d'un même dessein engageant les rapports entre la Cour de justice et les juridictions nationales. Il est remarquable en effet que, en même temps que la Cour accepte de l'État des justifications aux violations du droit de l'Union, elle élargit les normes invocables contre lui. Ainsi, l'abandon de l'effet direct, qui implique une extension du contrôle de la Cour de justice, serait une exigence plus poussée en échange des justifications concédées aux États membres. La même évolution *donnant-donnant* caractérise, en matière de libertés de circulation, l'apparition des exigences impératives et raisons impérieuses d'intérêt général, en échange de l'extension du contrôle de la Cour sur les mesures indistinctement applicables. Ces deux mouvements doivent donc être successivement étudiés, en analysant en premier lieu le cas des justifications étatiques de l'atteinte à l'effectivité, que nous appelons les « justifications correctives » (**CHAPITRE I**), et en second lieu le cas de la diversification des invocabilités (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE I – LA JUSTIFICATION ÉTATIQUE DE L'ATTEINTE À L'EFFECTIVITÉ : LES « JUSTIFICATIONS CORRECTIVES »

382. Nombre d'affaires touchent à des intérêts internes de nature constitutionnelle auxquels la Cour de justice est attentive. La « Voix » nationale devient même dans ce cas source de légitimité pour les juges du Plateau du Kirchberg[1115]. Certains intérêts européens peuvent aussi s'opposer à une mise en œuvre procédurale parfaite du droit de l'Union. La légitimité des arrêts de la Cour est sans doute à ce prix, car « le droit européen ne pourra se consolider et s'approfondir qu'à partir des principes qui fondent le droit public interne »[1116]. Il semble alors que le traitement des modalités procédurales internes se rapproche de plus en plus de celui des autres mesures nationales, notamment dans le cadre des libertés de circulation. Il s'agit en effet de l'acceptation de justifications à la violation du droit de l'Union, des justifications validées par la Cour de justice, qui ne doivent pas porter sur un objectif économique, et qui se voient appliquer un embryon de contrôle de proportionnalité de la mesure. Malgré des débuts chaotiques caractérisés par une jurisprudence inconstante et hésitante, la Cour parvient par petites touches à dessiner les contours d'une notion spécifique au droit de l'Union. En ce sens, il y a là l'épanouissement de « justifications correctives » dont la nature est originale (**Section 1**). Ces excuses portées par les États membres ne peuvent cependant concerner que le non respect du critère d'effectivité, et non le critère d'équivalence[1117]. De même, leur originalité ne doit pas occulter les rapprochements qui peuvent être faits avec les justifications en matière de libertés de circulation, dont la structure inspire notre domaine, notamment en ce qui concerne le contrôle de proportionnalité. Si la nature est donc originale, le régime tend, lui, à se banaliser (**Section 2**).

[1115] D. SARMIENTO, « National Voice and European Loyalty. Member State Autonomy, European Remedies and Constitutional Pluralism in EU Law », *op. cit.*, p. 338.
[1116] E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Précis, Dalloz, 2e éd., 2013, p. 20.
[1117] *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.

Section 1 – La nature des « justifications correctives »

383. La nature originale des justifications correctives en matière de compétence procédurale découle du rôle qu'elle joue dans le raisonnement de la Cour de justice. Or, si ces justifications ne peuvent pas être assimilées aux justifications prétoriennes dans le domaine des libertés de circulation, la philosophie qui les sous-tend est comparable. Elle repose sur l'acceptation par la Cour d'argumentations nationales, dans un mouvement de « subsidiarité inversée »[1118]. Tout comme pour ce qui s'est passé dans les « révoltes » *Solange* et *Granital*, on pourrait alors considérer que la Cour de justice a eu une réaction positive[1119], en intégrant dans sa jurisprudence des exigences des ordres juridiques nationaux, ordres juridiques sans lesquels le droit de l'Union ne peut guère prospérer. Prudents, les juges du Plateau du Kirchberg ont d'abord élaboré un statut spécifique à ces justifications, dont il conviendra de déterminer la nature (I), alors que ce statut, d'abord confidentiel, a vocation à irriguer l'ensemble de la jurisprudence de la Cour relative à la répartition de la compétence procédurale (II).

I – La détermination des justifications

384. Si la Cour de justice accepte des justifications à la violation du droit de l'Union par les procédures juridictionnelles, encore faut-il les désigner, et voir en quoi il s'agit d'une notion spécifique à la subsidiarité juridictionnelle qui ne peut pas être totalement assimilée aux justifications dans les libertés de circulations prévues par le traité, et qu'il convient plutôt de nommer « justifications correctives » (A), et l'étude de la source de ces justifications permettra d'en établir une classification (B).

A. La dénomination de la catégorie juridique des « justifications correctives »

385. Étant acquis désormais que la Cour de justice fait appel à des justifications dans le cadre de l'analyse du critère d'effectivité, dès lors que l'État membre le réclame, la nature de ces justifications peut être étudiée. Celles-ci ne pouvant constituer des objectifs économiques (1), tout comme c'est le cas dans le domaine des libertés de circulation, il faudra s'attacher à désigner ce concept spécifique à la compétence procédurale, lui trouver un nom (2).

[1118] Voir la thèse de F. DE PAUL TETANG, *La subsidiarité inversée en droit européen*, *op. cit.*

[1119] *Ibid.*, p. 87. La terme de « révolte » est de D. RITLENG, « La neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 29.

1. Une référence inopportune aux libertés de circulation

386. La nécessité de trouver le terme juste découle, outre d'une exigence linguistique, d'une rigueur notionnelle. Dès lors qu'il existe déjà, dans d'autres applications du droit de l'Union, des exemptions, des dérogations et autres justifications, il serait malheureux de faciliter une confusion si nous n'utilisions pas le terme qui correspond le mieux à la situation en matière de compétence procédurale. Le point de départ de notre réflexion doit nécessairement permettre de mieux comprendre le terme maître dans le domaine, la justification. À la manière de la *justification des pêcheurs* telle qu'utilisée en théologie, les États membres *pêcheurs* font en effet appel à cette notion pour se disculper d'une faute. Ainsi il s'agit de l' « action de justifier, de disculper quelqu'un, d'expliquer, de légitimer quelque chose »[1120].

387. En droit de l'Union, les justifications ont été particulièrement développées, en ce qui concerne la confrontation du droit interne au droit supranational, dans le domaine des libertés de circulation. Dans cette matière, les justifications textuelles, celles qui sont prévues par le traité, sont appelées *dérogations*[1121]. En effet, un État membre peut l'invoquer pour être autorisé à déroger à l'application des dispositions relatives aux libertés de circulation. Étant donné qu'elles interviennent *ex post*[1122], elles constituent des *justifications stricto sensu*, qui permettent de justifier une violation des libertés de circulation[1123]. Traditionnellement, les justifications prétoriennes telles les exigences impératives et les raisons impérieuses d'intérêt général, sont désignées sous l'appellation d'*exemption*. Ce terme vise à faire comprendre que lorsqu'un tel objectif légitime est invoqué, la Cour ne vérifie pas s'il y a atteinte à la liberté en cause, et l'exemption joue ainsi *ex ante*. Dans ces cas-là, il ne s'agit plus de justifier une mesure entravante, mais de qualifier la mesure comme n'étant pas entravante[1124]. L'exemption prétorienne a donc un effet sur la qualification *a priori* de la mesure nationale, et non pas sur sa justification *a posteriori*. Quoiqu'il en soit, la Cour de justice dit bien que ces deux catégories

---

[1120] *Dictionnaire de l'Académie française*, 9e éd.
[1121] B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, janvier 2012, 1, étude 1, pp. 6-8. Voir *contra* M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, Université de Bruxelles, 4e éd., 2012, p. 361, qui parle de « dérogations » regroupant tant les justifications textuelles que les justifications prétoriennes.
[1122] V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *in L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 207.
[1123] A. MATTERA, *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990, p. 274-275.
[1124] B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, pp. 7-8.

permettent de « justifier » une entrave[1125]. D'ailleurs, la Cour de justice semble avoir abandonné toute religion dans la dénomination des justifications, jusqu'à en devenir « agnostique »[1126]. Dans le même sens, une « banalisation du régime juridique » des catégories de justification est à l'œuvre[1127], confondant l'utilisation des deux types de justifications. Ainsi, la distinction a-t-elle encore un sens aujourd'hui ? La doctrine juridique elle-même ne fait pas montre d'une particulière homogénéité sur la dénomination. Certains parlent ainsi indistinctement d'*exceptions*[1128], quand c'est le terme de *dérogation* qui en satisfait d'autres[1129].

388. La dérogation permet de « s'écarter de ce qui est établi par un acte de l'autorité publique, une convention, un usage »[1130]. Par exemple, les règles de la libre circulation permettent aux « États membres faisant l'objet d'une dérogation » de ne pas se voir appliquer une série de dispositions pourtant prévues par le Traité[1131]. L'exclusion des emplois de l'administration publique de la libre circulation des travailleurs, prévue à l'article 45, paragraphe 3 TFUE, est de même qualifiée de *dérogation* par la Cour de justice[1132]. Il y a donc dans le terme de dérogation une volonté de se soustraire légalement à l'application de la règle commune, c'est-à-dire de faire des cas particuliers auxquels le droit commun ne s'applique pas. Or, dans le cas des justifications, il ne s'agit pas de dérogations, car l'État membre ne se soustrait pas à la règle de l'Union, mais se voit appliquer une autre règle positive : un principe du droit de l'Union. L'excuse n'est pas une dérogation à l'application du droit de l'Union, mais l'application d'un

---

[1125] La doctrine suit cette terminologie en distinguant la qualification de l'excuse – *exemption*, *dérogation*, *exception* – et son action – *justifie*. Il en va ainsi de D. RITLENG, « Les États membres face aux entraves », *in* L. AZOULAI (dir.), *Entrave et marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 304.. L'auteur écrit que les motifs légitimes du traité et les exigences impératives et raisons impérieuses d'intérêt général forment des « causes légitimes de justification ».

[1126] V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation », *op. cit.*, p. 213.

[1127] B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, janvier 2012, 1, étude 1, p. 10.

[1128] Dans leur manuel J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 8e éd., 2010, p. 352 et s., les auteurs visent aussi bien les « exceptions prévues par le Traité » que les « exceptions admises par la jurisprudence ». À l'inverse, certains auteurs cantonnent l'exception aux seules justifications prétoriennes : voir B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 8 ; T. LOCK, « Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive? Inter-Environnement Wallonie », *CMLR*, 2013, vol. 50, no 1 ; et V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation », *op. cit.*, p. 208.

[1129] L. DUBOUIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 5e éd., 2009, p. 285 et s., dans lequel les « dérogation jurisprudentielles » succèdent aux « dérogations fondées sur le Traité » ; voir aussi M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 361.

[1130] Cette définition est commune au dictionnaire Larousse et à celui de l'Académie française.

[1131] L'ancien article 122, paragraphe 1 CE prévoyait la possibilité de cette dérogation pour certains États membres (par exemple les sanctions prévues dans le cadre de la procédure pour déficit excessif d'un État membre, ou la politique monétaire).

[1132] Voir par exemple l'arrêt CJCE, 26 mai 1982, *Commission contre Belgique*, aff. 149/79, Rec. p. 1845.

autre droit de l'Union. De même, ce n'est pas une *lex specialis* qui dérogerait à une *lex generalis*, car le principe appliqué en guise de justification n'est pas une loi spéciale, mais bien une loi générale. S'il s'agit bien d'un conflit, il met en mouvement deux *leges genereles*, l'une ne pouvant plus alors être une dérogation à l'application de l'autre. L'adage *lex specialis derogat legi generali* ne s'applique donc pas ici. De surcroît, l'action de déroger a une coloration d'illégalité, plus particulièrement en droit, où le sens « manquer à l'observation d'une loi, l'application d'une règle, d'une convention » est le seul donné par plusieurs dictionnaires[1133]. Or, la technique des justifications appliquée par la Cour de justice ne revient pas à faire entrer l'État membre dans une situation d'illégalité, mais légitime bien au contraire sa disposition nationale au regard d'une règle reconnue par le droit de l'Union. La justification permet donc à l'État membre d'appliquer le droit de l'Union dans une autre de ses dispositions, certes, mais d'appliquer toujours le droit de l'Union.

389. Quant à préférer les termes d'exemption ou d'exonération, il ne nous semble pas évident que dans ce choix la vérité puisse se faire jour, étant donné que les définitions attachées à ces termes se recoupent souvent, et ne se distinguent que rarement. En effet, aussi bien *exonérer* qu'*exempter* signifient dispenser d'une obligation ou d'une charge[1134]. La seule différence entre les deux termes viendrait du fait qu'*exonérer* s'emploie en premier lieu dans un sens économique : « Décharger d'une obligation financière, d'un impôt, dispenser du paiement d'une contribution, d'une taxe »[1135]. L'exonération est donc certainement à mettre de côté, et l'exemption est encore trop éloignée pour être acceptable. De toute évidence, en effet, l'État membre n'est pas déchargé d'une obligation, mais bien au contraire, chargé d'une nouvelle obligation supplémentaire. Il s'agit pour lui de respecter, dans le cadre de l'effectivité, la sécurité juridique[1136], ou encore les droits de la défense[1137].

390. Qu'en est-il dans notre étude ? En matière d'exercice de la compétence procédurale, les justifications acceptées par la Cour de justice permettent moins de s'exonérer de l'application de l'effectivité que d'en mieux réaliser l'objectif. La structure des arrêts rendus par la Cour de

---

[1133] *Le Grand Robert*, 2e éd. ; voir aussi le *Trésor de la Langue Française*.
[1134] Pour le dictionnaire de l'Académie française, *exempter* signifie : « Dispenser d'une obligation, affranchir d'une charge ». Le verbe *exonérer* est défini au sens figuré comme « Décharger d'une faute, disculper ». Le dictionnaire Larousse le définit ainsi : « dispenser d'une charge, d'une obligation ».
[1135] Dictionnaire de l'Académie française, 9e éd. Le *Trésor de la Langue Française* va dans le même sens, en le définissant comme ce qui permet de « décharger quelque chose ou quelqu'un de quelque chose, qui est onéreux ».
[1136] Voir par exemple l'arrêt *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 56.
[1137] Voir par exemple l'arrêt CJCE, 25 novembre 2008, aff. C-455/06, *Heemskerk et Schaap*, Rec. p. I-8763, pt. 47.

justice est sans appel sur ce point : à l'issue de l'analyse par le juge, la réponse reviendra toujours à dire si oui ou non le critère d'effectivité a été enfreint. Dans ce travail, la justification permet de *dévier* le raisonnement du juge et de *sauver* une mesure nationale qui devient alors conforme à l'effectivité, alors qu'elle n'était pas censée l'être. La justification permet alors à l'effectivité de s'accomplir. Dans les arrêts fondateurs *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976, si les délais de recours à peine de forclusion sont conformes à l'effectivité, c'est parce qu'ils sont conformes à l'exigence de sécurité juridique[1138]. La réalisation de l'effectivité passe ainsi par l'accomplissement d'un autre principe. La justification, non contente de se substituer à l'effectivité, en devient le partenaire essentiel. Cette tendance au renforcement de l'effectivité par la justification apparaît de façon plus explicite dans l'arrêt *Steenhorst-Neerings*. Dans cette affaire, une règle nationale limitait à un an l'effet rétroactif d'une demande en paiement d'une prestation d'incapacité de travail, alors même que l'État membre n'avait pas encore transposé la disposition invoquée de la directive dans son droit interne. La Cour considère alors que cette limitation des effets dans le passé du droit communautaire est conforme aux critères d'équivalence et d'effectivité[1139]. Ce n'est qu'à titre surabondant que la Cour ajoute, plus loin, que cette règle poursuit un but de bonne administration, de même que la nécessité de préserver l'équilibre financier d'un régime[1140]. Une telle mention n'était pas utile au regard du critère d'effectivité, elle vient pourtant renforcer la conformité au droit communautaire, et donc à l'effectivité. Le même constat ressort de l'arrêt *Eco Swiss China Time*, dans lequel la Cour de justice, après avoir déclaré la conformité à l'effectivité, estime que « *en outre* » – et donc pas à titre déterminant – la disposition nationale est justifiée par des raisons tenant à la sécurité juridique[1141].

[1138] Les modalités nationales de délais ne doivent pas aboutir à rendre « *en pratique impossible l'exercice des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder ; que t'el n'est pas le cas de la fixation de délais raisonnables de recours à peine de forclusion ; qu'en effet, la fixation de tels délais, en ce qui concerne les recours de nature fiscale, constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée* » (nous soulignons). *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5, et *Comet BV*, *op. cit.*, pts 16 à 18. Voir aussi, plus tard, les arrêts CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-90/94, *Haahr Petroleum*, Rec. p. I-4142, pt. 48, et *Texaco*, *op. cit.*, pt. 46.

[1139] *Steenhorst-Neerings*, *op. cit.*, pt. 16. « *La règle nationale limitant l'effet rétroactif d'une demande introduite en vue d'obtenir une prestation d'incapacité de travail satisfait aux deux conditions susvisées* ».

[1140] *Ibid.*, pt. 23.

[1141] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 46. « *En outre, il importe de souligner que, à l'expiration de ce délai, des règles de procédure nationales qui limitent la possibilité de demander l'annulation d'une sentence arbitrale ultérieure qui développe une sentence arbitrale intermédiaire revêtant le caractère d'une sentence finale du fait de l'autorité de chose jugée dont est revêtue cette dernière sentence se*

391. Notre position est encore confirmée par le fait que, dans l'arrêt *Olimpiclub*, *a contrario*, la non recevabilité de la justification avancée par l'État membre entraine la violation de l'effectivité. La Cour y écrit en effet que « *des obstacles d'une telle envergure à l'application effective des règles communautaires en matière de TVA ne peuvent pas être raisonnablement justifiés par le principe de sécurité juridique et doivent donc être considérés comme contraires au principe d'effectivité* »[1142]. Il en va de même lorsque le délai de forclusion n'est pas raisonnable, et ne peut donc être justifié par le principe de sécurité juridique, comme il l'avait pu l'être dans la traditionnelle jurisprudence *Rewe* et *Comet*[1143]. La Cour estime en effet que « *le principe d'effectivité s'oppose à une telle modification législative, dès lors qu'elle n'accorde pas aux contribuables un délai raisonnable pour faire valoir leur droit à un avoir fiscal durant une période de transition* ». Ainsi, le critère d'effectivité ne peut être respecté.

2. Une justification spécifique en matière procédurale

392. Partant, à l'image du traitement des justifications prétoriennes en matière de libertés de circulation tel qu'il avait cours à ses débuts, la justification agit ici *ex ante* sur la qualification de la mesure. C'est, systématiquement, avant que le juge se prononce sur le respect ou non de l'effectivité que la justification intervient. Nous pourrions alors la dénommer *exemption* comme le fait le professeur B. Bertrand pour les justifications prétoriennes à la violation des libertés de circulation, mais la différence est que l'État membre n'est pas exempté d'appliquer l'effectivité ou le droit de l'Union. Bien au contraire, la justification créé pour lui une nouvelle *obligation directement intégrée* au contenu de l'effectivité. C'est tout le sens de la jurisprudence que nous venons de citer.

393. En conséquence, il s'agit d'une justification qui apporte une amélioration au critère d'effectivité, qui adoucit sa sévérité propre en lui accolant une nouvelle obligation, qui finalement réoriente son contenu. Il s'agit, tout compte fait, d'une *justification corrective*. Un correctif « apporte une correction à quelque chose, une amélioration à un fonctionnement défectueux », de même qu'il « atténue par compensation, la dureté, la sévérité, l'amertume de quelque chose »[1144]. Or, c'est bien ce à quoi procèdent les principes justificatifs qui interviennent dans le raisonnement de la Cour de justice. En conditionnant le respect de

---

justifient par les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que ceux de la sécurité juridique et du respect de la chose jugée qui en constitue l'expression ».

[1142] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 31.

[1143] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5, et *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 18.

[1144] Définitions issues du *Trésor de la langue française*.

l'effectivité, les raisons avancées par les États membres et réappropriées par la Cour de justice modifient l'ADN de l'effectivité pour la rendre plus acceptable pour les États membres, tout en restant compatibles avec le droit de l'Union. Ainsi, toute la jurisprudence de la Cour qui fait intervenir des justifications peut être lue à la lumière de cette analyse, en y appliquant le concept de *correctif*. Pour ne reprendre que les arrêts utilisés pour illustrer notre propos, il peut être vu que dans les affaires *Rewe* et *Comet*, le critère d'effectivité ne peut être respecté que parce qu'il contient, dans ce cas précis, l'obligation d'assurer la sécurité juridique des justiciables[1145]. De même, dans l'affaire *Olimpiclub*, cette même effectivité contient cette même obligation de sécurité juridique. Or, dans ce cas-là, l'inadéquation de l'invocation de la sécurité juridique entraine le non respect de l'effectivité[1146]. Dans ces trois affaires, la sécurité juridique invoquée par l'État membre pour justifier une règle procédurale particulière qui limite la mise en œuvre correcte du droit communautaire, est une correction des effets potentiellement néfastes du critère d'effectivité.

394. Cette position permet même de mieux comprendre la place de la protection juridictionnelle effective à l'égard de l'effectivité : soit elle apparaît aux côtés de l'effectivité en tant que correctif, soit elle apparaît seule ou comme chapeautant l'effectivité car la mise en balance a été faite à son profit. Le principe de protection juridictionnelle effective se retrouve donc soit en tant que justification corrective[1147], soit en tant que critère d'encadrement autonome[1148]. Lorsque ce principe prend le pas sur l'effectivité, il peut à son tour accueillir des justifications, qui seront alors considérées cette fois comme des restrictions[1149]. Il y a comme une répétition, un rondo dont chaque variation possède ses propres altérations. La spécificité de ces justifications correctives se réalise de même dans leur source.

[1145] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5, et *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 18.
[1146] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 31.
[1147] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, et *Agrokonsulting*, *op. cit.*
[1148] *DEB*, *op. cit.*
[1149] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 63. La Cour rappelle ce raisonnement constant : « *il ressort d'une jurisprudence constante que les droits fondamentaux ne constituent pas des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et n'impliquent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis* ».

B. La source des « justifications correctives »

395. Pour la Cour, dégager des justifications correctives répond d'une méthode (1) qui a permis de découvrir une série d'excuses invocables qui peuvent être classées en fonction de leur fondamentalité (2).

1. La méthode d'appropriation

396. Le contenu des justifications, en tant que corrections apportées au critère d'effectivité, est maîtrisé par la Cour de justice, gardienne de l'interprétation des traités. Ces justifications correctives sont donc des notions autonomes du droit de l'Union, et disposent d'une définition propre. C'est alors du droit de l'Union qui s'applique aux États membres lorsqu'il est fait appel à la sécurité juridique, aux droits de la défense, ou à l'interdiction de l'enrichissement sans cause pour justifier une disposition procédurale nationale. Cependant, à l'origine de ces principes, on retrouve les États membres, qui sont chronologiquement les premiers à faire appel à ces motifs. Le principe général de la sécurité juridique est le premier à apparaître dans les années 1970 dans le contentieux de la subsidiarité juridictionnelle. Face à des délais nationaux de prescription qui rendaient caduque un an après leur paiement toute demande de restitution des taxes indument versées par la société d'importation de pommes Rewe au titre de contrôles phytosanitaires, l'avocat général Warner avait reconnu que de tels délais de prescription sont une « tradition commune des systèmes juridiques des États membres »[1150]. La Cour de justice en déduit alors que ces délais expriment une exigence de sécurité juridique que les États membres peuvent légitimement invoquer[1151]. De même, le principe du respect de la légalité est un autre principe commun aux ordres juridiques des États membres, de sorte que la Cour de justice l'a reconnu comme une exigence légitime, notamment lorsqu'il est mis en balance avec le principe de sécurité juridique[1152].

397. Cette tendance amorcée dans les années 1970 connut un nouveau regain d'intérêt dans les années 90, après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht et l'immixtion de l'idée d'identité nationale. Renouvelé à l'occasion des arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel* en 1995,

---

[1150] Conclusions présentées le 30 novembre 1976 par l'avocat général J.-P. Warner dans l'affaire *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, p. 2005.
[1151] *Ibid.*, pt. 5.
[1152] *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 30. La Cour explique en effet que « *il résulte par ailleurs d'une étude des droits nationaux des États membres en matière de retrait d'actes administratifs et de répétition de prestations financières indument versées par l'administration publique que le souci d'assurer, sous des formes différentes, un équilibre entre, d'une part, le principe de la légalité et, d'autre part, le principe de sécurité juridique et de la confiance légitime, est commun aux droits des États membres* ».

ce mouvement prête une oreille bien plus attentive aux spécificités des ordres juridiques internes. Il permet notamment de considérer que le principe selon lequel l'initiative du procès appartient aux parties « *met en œuvre des conceptions partagées par la plupart des États membres quant aux relations entre l'État et l'individu* »[1153]. Désormais, les correctifs tenant aux droits de la défense, à la sécurité juridique et au bon déroulement de la procédure autorisés par la Cour de justice sont, selon ses propres mots dans sa formule désormais rituelle, des « *principes qui sont à la base du système juridictionnel national* »[1154]. Cette attention plus poussée aux principes de droit procédural interne manifeste le « retour des États » à partir du Traité de Maastricht[1155]. Le Conseil d'État français s'est alors saisi de cette nouvelle opportunité dans l'affaire Dangeville. Pour refuser au requérant le bénéfice de la mise en cause de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire, le Commissaire du gouvernement Goulard a estimé que « puisque la distinction des contentieux est à la base du système juridictionnel national, le rejet de la requête de la société Dangeville n'entraîne pas un non-respect de la jurisprudence de la C.J.C.E »[1156]. Le résultat est un mélange entre droit fondamental issu du droit de l'Union et justification corrective avancée par l'État membre. Il est ainsi possible de voir cohabiter dans un arrêt le principe du respect du contradictoire au sens

[1153] Il « *protège les droits de la défense et assure le bon déroulement de la procédure, notamment, en la préservant des retards inhérents à l'appréciation des moyens nouveaux* » : *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 21.
[1154] Voir parmi la série d'arrêts : *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19 ; *van der Weerd*, *op. cit.*, pt. 33 ; *Tele2 Telecommunication GmbH*, *op. cit.*, pt. 55 ; *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 27 ; *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 47 ; *Francisco Javier Rosado Santana*, *op. cit.*, pt. 92 ; *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 48 ; ou encore CJUE, 27 février 2014, aff. C-470/12, *Pohotovost' II*, n. e. p., pt. 51.
[1155] Ainsi que l'exprime M. DELMAS-MARTY, « Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité nationale des États membres », *op. cit.*, p. 331, à partir de 1992.
[1156] D'après les mots de P. Cassia, « Le Conseil d'État et les directives communautaires », Les Petites Affiches, 24 octobre 1997, n. 128, p. 17. Voir l'arrêt CE, 30 octobre 1996, req. n. 141043, *SA Jacques Dangeville* ; CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c/ France*, DUFOURQ, *RFDA,* 2003, p. 953, sur la notion de bien au sens de la Convention, qui inclut, par la voie de la notion d'espérance légitime, une créance née du versement d'un impôt indu.

de l'article 47 de la Charte[1157], et le principe du contradictoire en tant que principe à la base du système juridictionnel national[1158].

398. L'origine des justifications correctives est donc classique, à l'image des principes généraux du droit qui s'inspirent tant de traditions constitutionnelles pas toujours communes aux États membres[1159], que des droits fondamentaux contenus dans le droit conventionnel des droits de l'homme[1160]. La technique est d'ailleurs comparable, et consiste à communautariser une notion en lui donnant une définition uniforme[1161]. Les justifications paraissent ainsi, en bout de course, issues du droit de l'Union. En matière de répétition de l'indu, contre l'exécution de laquelle un principe général du droit sert de justification, la Cour a ainsi considéré que « *il ne saurait être considéré comme contraire au droit communautaire que le droit national, en matière de retrait d'actes administratifs et de répétition de prestations financières indûment versées par l'administration publique, prenne en considération, en même temps que le principe de légalité, les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, étant donné que ces derniers font partie de l'ordre juridique communautaire* »[1162]. Il ne fait pas de doute qu'un principe général du droit de l'Union est une notion autonome dont la définition s'impose aux États membres. Cela permet ainsi à la Cour de justice de ne prendre en compte

---

[1157] Dans un arrêt de 2013, la Cour devait statuer sur le pouvoir du juge national, qui a constaté d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, d'informer les parties qu'il a relevé l'existence d'une cause de nullité et de les inviter à présenter une déclaration à cet égard. La Cour estime alors que « *en mettant en œuvre le droit de l'Union, le juge national doit également respecter les exigences d'une protection juridictionnelle effective des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, telle qu'elle est garantie par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Parmi ces exigences figure le principe du contradictoire, qui fait partie des droits de la défense et qui s'impose au juge notamment lorsqu'il tranche un litige sur la base d'un motif retenu d'office* », *Banif Plus Bank*, *op. cit.*, pt. 29.

[1158] « *Dans l'hypothèse d'un relevé d'office du caractère abusif d'une clause, l'obligation d'aviser les parties et de leur donner la possibilité de s'exprimer ne peut, au demeurant, être considérée comme étant, en soi, incompatible avec le principe d'effectivité qui régit la mise en œuvre, par les États membres, des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union. En effet, il est constant que ce principe doit être appliqué en prenant en considération, notamment, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, dont le principe du contradictoire est un élément* », *Ibid.*, pt. 33.

[1159] D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 81. L'auteur explique que « il est significatif que le juge communautaire ne se sente jamais prisonnier de l'alignement sur le niveau minimum, ni même de la recherche d'une quelconque moyenne entre les standards nationaux, mais vise toujours la promotion du principe le plus opératoire et le plus efficace ».

[1160] *Nold*, *op. cit.*

[1161] La « notion autonome » du droit de l'Union répond à un souci de sécurité juridique et d'application uniforme de ce droit : CJCE, 14 octobre 1976, aff. 29/76, *LTU / Eurocontrol*, Rec. p. 1541, pt. 3. Voir à ce propos le commentaire de F. KAUFF-GAZIN, « Principe *ne bis in idem* dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen », *Europe*, janvier 2011, comm. 14, à propos de l'arrêt de grande chambre CJUE, 16 nov. 2010, aff. C-261/09, *Gaetano Mantello*, Rec. p. I-11477.

[1162] *Martin Huber*, *op. cit.*, pt. 56 (nous soulignons).

que des justifications qui seraient acceptables du point de vue régional, en plus de l'être du point de vue étatique.

399. La contrainte prend le pas sur la justification, et un principe auparavant invoqué par l'État membre, puis accepté par la Cour de justice, peut se retourner contre cet État s'il est utilisé par la Cour comme une obligation découlant du droit de l'Union. Ainsi celui qui a l'origine brandissait une excuse se retrouve à devoir l'appliquer dans des domaines qui n'étaient pas prévus, c'est le principe de « l'arroseur arrosé ». La Cour de justice a ainsi imposé à un État membre le respect du principe de confiance légitime, par exemple dans l'affaire *Enel Maritsa Iztok* : « *Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, le principe de protection de la confiance légitime doit être respecté par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations de l'Union* »[1163]. Il est vrai que la question préjudicielle portait elle-même sur le respect de la confiance légitime. Mais cela montre, malgré tout, la capacité du critère d'effectivité à s'effacer face à un droit fondamental, ce droit fondamental pouvant agir tantôt comme justification à la violation de l'effectivité, tantôt comme substitut à ce même critère d'effectivité.

400. Le processus est systématiquement le même : à l'occasion d'un renvoi préjudiciel ou d'un recours en constatation de manquement, l'État membre visé avance des raisons qui expliquent la présence de la disposition procédurale dans son ordre juridique interne. La Cour de justice saisit alors l'occasion de s'emparer de ce motif, pour le placer en tempérament à la mise en œuvre effective du droit de l'Union par le juge national.

[1163] CJUE, 12 mai 2011, aff. C-107/10, *Enel Maritsa Iztok 3 AD*, Rec. p. I-3873, pt. 29. Voir également l'arrêt *G contre Cornelius de Visser*, *op. cit.*, pt. 47. La Cour y écrit que « *s'agissant des exigences à respecter lors de la procédure, il convient de rappeler que l'ensemble des dispositions du règlement n° 44/2001 expriment l'intention de veiller à ce que, dans le cadre des objectifs de celui-ci, les procédures menant à l'adoption de décisions judiciaires se déroulent dans le respect des droits de la défense* ».

2. La classification des « justifications correctives »

401. Il peut s'agir tout d'abord de droits fondamentaux, qui « *font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect* »[1164]. Condition essentielle de la dualité dans un système fédéral[1165], la reconnaissance des droits fondamentaux des États membres par la Cour de justice s'est imposée aussi dans le traitement de la subsidiarité juridictionnelle. Notamment, la juridiction nationale peut avoir à décider si « *l'admission en tant que moyen de preuve des résultats d'analyses en cause au principal risque d'entrainer une violation du respect du contradictoire et, partant, du droit à un procès équitable* »[1166]. Le droit à un procès équitable est un droit fondamental que la Charte des droits fondamentaux reconnaît en son article 47 alinéa 2[1167]. De manière générale, la Cour considère que lorsque les États membres sont libres de régler les modalités procédurales relatives à l'intervention d'une autorité nationale de concurrence devant le juge en tant que partie défenderesse, ceux-ci doivent garantir « *le respect des droits fondamentaux et la pleine effectivité du droit de la concurrence de l'Union* »[1168]. Les droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union ont alors la même fonction de revalorisation de l'État[1169] qu'ils ont dans le reste du contentieux devant la Cour de justice.

402. Parmi les justifications correctives qui constituent un droit fondamental, on trouve le principe de sécurité juridique[1170], incluant le respect de l'autorité de la chose jugée[1171], de même que la confiance légitime dont la stabilité du droit et des relations juridiques est une des

---

[1164] *Steffensen*, *op. cit.*, pt. 69.
[1165] G. MARTI, « Droits fondamentaux des États et fédération », *in Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 270 et s.
[1166] *Steffensen*, *op. cit.*, pt. 78 ; voir aussi deux espèces en 2013, *G. et R.*, *op. cit.*, pt. 35, et *Banif Plus Bank*, *op. cit.*, pt. 29.
[1167] « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne à la possibilité de se faire conseiller, défendre, représenter ».
[1168] *VEBIC*, *op. cit.*, pt. 63.
[1169] S. BARBOU DES PLACES, « Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale », *in Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 311.
[1170] Voir l'arrêt *Salumi*, *op. cit.*, pt. 10, voir aussi *Edis*, *op. cit.*, pt. 34 ; *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Spac*, *op. cit.*, pt. 19 ; CJCE, 19 novembre 1998, aff. C-85/97, *Société financière d'investissement*, Rec. p. I-7458, pt. 35 ; *Q-Beef*, *op. cit.*, pt. 36.
[1171] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 46.

exigences[1172], les droits de la défense[1173], l'exigence d'un bon déroulement de la procédure[1174], le respect du contradictoire en tant qu'exigence du droit à un procès équitable[1175]. La Cour reconnaît aussi le droit à un État membre d'invoquer un principe général de l'ordre juridique interne tel que l'exigence de légalité[1176], ou le respect de l'indépendance du juge[1177].

403. Ensuite, et à l'inverse, une justification qui n'est pas un droit fondamental a très peu de chances d'aboutir. C'est ainsi que la Cour de justice a estimé dans l'arrêt *Gunter Fuss* que l'autorité publique *« ne saurait justifier ladite exigence par le souci d'éviter l'accumulation d'un nombre important d'heures de temps libre à titre de compensation* »[1178]. Pourtant, il n'est pas exclu de trouver dans la jurisprudence de la Cour de justice des correctifs qui ne sont pas des principes généraux du droit ni même des droits fondamentaux. Le premier à être dégagé par le juge fut la règle d'origine interne d'interdiction de l'enrichissement sans cause[1179]. L'interdiction existant dans certains États membres de la *reformatio in pejus*[1180] – le fait pour une décision rendue en appel d'aggraver le jugement rendu en première instance lorsque c'est celui qui avait succombé qui interjette appel – n'est pas à proprement parler un droit fondamental, pour les États membres concernés[1181] pas plus que pour la Cour de justice. Il

---

[1172] *Pohotovost'*, *op. cit.*, pt. 46. Ces principes peuvent par ailleurs être compris comme faisant partie de l'exigence de sécurité juridique, comme le rappelle T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 242.

[1173] Élevé au rang de principe de général du droit dans l'arrêt CJCE, 4 juillet 1963, aff. 32/62, *Alvis contre Conseil*, Rec. p. 49, p. 55, il fut utilisé dans le contentieux de la mise en oeuvre procédurale par le juge interne dans les arrêts *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.

[1174] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 58 ; et pour la première fois dans les arrêts *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 15, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.

[1175] *Steffensen*, *op. cit.*, pt. 79.

[1176] *Martin Huber*, *op. cit.*, pt. 56 ; *ROM-projecten*, *op. cit.*, pt. 24 ; *Vereniging*, *op. cit.*, pt. 52.

[1177] *Köbler*, *op. cit.*, pt. 48.

[1178] *Günter Fuss*, *op. cit.*, pt. 88.

[1179] Voir en premier lieu l'arrêt *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26, et plus tard, par exemple, l'arrêt *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 18.

[1180] Voir l'arrêt sur ce principe procédural *Heemskerk et Schaap*, *op. cit.*, pts 46-47.

[1181] En France, en 2014, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence dans une affaire Crim. 12 février 2014, n. 13-81683, à propos de l'appel contre une ordonnance du juge d'application des peines, démontrant ainsi qu'il ne s'agit pas d'un principe fondamental. Voir le commentaire sur ce point de M. LÉNA, « Application de l'interdiction de la *reformatio in pejus* à l'exécution des peines », *Dalloz actualité*, 24 février 2014. La règle procédurale est néanmoins ancienne, et découle d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 décembre 1912, Bull. crim. n° 642, p. 1167, précédé par le lointain avis du Conseil d'État du 12 novembre 1806, *S*, Lois annotées 1789 à 1830, p. 736. Voir de manière générale sur cette règle l'article de P.-D. DE BOISVILLIERS, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », *RSC*, 1993, p. 694. Aux Pays-Bas, État du juge de renvoi dans l'affaire *Heemskerk & Schaap*, cette interdiction est un principe procédural, que l'avocat général dans cette affaire ne qualifie pas non plus de fondamental : voir les conclusions de l'avocat général Y. Bot présentées le 6 mai 2008, pt. 81 et note n. 21.

découle certes des droits de la défense, de la sécurité juridique, et de la confiance juridique[1182], mais peut être ici considéré comme une simple règle procédurale partagée par certains États membres, selon des modalités diverses[1183].

404. D'autres justifications ne semblent pas être considérées comme des principes fondamentaux élevés au rang de principes généraux du droit. Il s'agit du motif tenant à la préservation de l'équilibre financier d'un régime de protection sociale[1184], ou le principe selon lequel l'initiative du procès appartient aux parties[1185]. Ces catégories de justifications correctives et leur diversité témoignent du succès de cette politique jurisprudentielle.

II – Le succès d'une structure corrective spécifique

405. En fonction de la procédure en cause, la structure du raisonnement du juge n'est pas la même. Cette différence fait que les justifications correctives en matière de relevé d'office ont vu naître un raisonnement nouveau et systématisé (A), qu'il est envisageable de voir se généraliser (B).

A. La naissance d'un raisonnement nouveau avec le relevé d'office

406. En matière de relevé d'office par le juge national d'un moyen tenant à la contrariété de la disposition interne au droit de l'Union, la Cour de justice, dès les fameux arrêts de 1995, *Peterbroeck* et *van Schijndel*, a admis que la règle nationale qui limite une telle possibilité pouvait être justifiée par des motifs tenant au respect des droits de la défense, de la sécurité juridique, et du bon déroulement de la procédure, après avoir remis la disposition nationale dans son contexte[1186]. Le raisonnement est limpide, parfois expéditif : après avoir posé les exigence d'équivalence et d'effectivité, le juge impose de prendre en considération, pour l'analyse du respect de l'effectivité, le contexte interne entourant la disposition ; il propose ensuite que soient pris en compte des motifs tenant à la « *protection des droits de la défense, le principe de la*

[1182] *Heemskerk et Schaap*, *op. cit.*, pts 46-47.
[1183] Voir les conclusions de l'avocat général Y. Bot dans l'affaire *Ibid.*, présentées le 6 mai 2008, sous note n. 21.
[1184] *Steenhorst-Neerings*, *op. cit.*, pt. 23. La Cour considère précisément qu'une règle de droit national, selon laquelle une prestation d'incapacité de travail prend effet au plus tôt un an avant la date d'introduction de la demande, respecte « *la nécessité de préserver l'équilibre financier d'un régime dans lequel les demandes présentées par les assurés au cours d'une année doivent, en principe, être couvertes par les cotisations perçues pendant cette même année* ».
[1185] *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 21. Ce principe est inclus dans un droit fondamental, celui des droits de la défense.
[1186] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.

sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure » ; s'ensuivra alors, en fonction des nécessités de l'espèce, une étude du contexte interne, et une attention portée aux justifications précédemment annoncées. Si le juge, examinant la disposition interne dans ses détails de mise en œuvre nationale, estime que celle-ci rend pratiquement impossible l'exercice de ses droits par le justiciable, il lui reviendra ensuite de se prononcer sur les motifs exonératoires : en considérant la place qu'elle occupe dans le droit procédural interne, la modalité incriminée participe-t-elle à la réalisation d'un des objectifs d'intérêt général ? Si oui, alors la mesure nationale est conforme au critère d'effectivité tel que corrigé par les objectifs énoncés par la Cour ; si non, elle viole le critère d'effectivité, et est contraire au droit de l'Union.

407. Dans l'affaire *van Schijndel*, qui constitue une illustration utile de ce raisonnement, la Cour de justice devait déterminer si le droit de l'Union – le critère d'effectivité en particulier – s'opposait à une disposition procédurale nationale qui interdisait au juge *a quo* dans un procès civil d'ajouter d'office des faits et circonstances à l'instance, alors que les parties n'en ont pas fait mention[1187]. Après avoir rappelé que les États membres sont tenus de respecter les critères d'équivalence et d'effectivité en l'absence de réglementation procédurale de l'Union dans le domaine concerné[1188], la Cour de justice a expliqué que l'analyse de l'effectivité de la disposition nationale doit être effectuée « *en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* »[1189]. Sur ce point, la Cour a souligné à juste titre que, replacée dans son contexte, la disposition n'interdit pas absolument tout relevé d'office, mais ne l'autorise que s'il se fonde sur des faits et circonstances déjà apportés par les parties[1190]. Le juge avait donc toujours la possibilité de relever d'office des moyens *de droit* nouveaux. Voilà pour le contexte. Il fallut alors regarder si le critère d'effectivité s'accommodait des correctifs évoqués plus haut par le juge : la protection des droits de la défense, de la sécurité juridique, et le bon déroulement de la procédure. Or, la Cour de justice a accepté de retenir l'idée selon laquelle la disposition nationale était « *justifiée par le principe selon lequel l'initiative du procès appartient aux parties* ». En effet, le juge ne peut agir d'office « *que dans des cas exceptionnels où l'intérêt public exige son intervention* ». Pour la Cour de justice, le fait que l'initiative du procès appartienne aux parties participe de la sorte au respect des droits de la défense et au bon

[1187] *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 16.
[1188] *Ibid.*, pt. 17.
[1189] *Ibid.*, pt. 19.
[1190] *Ibid.*, pt. 20.

déroulement de la procédure[1191]. Par conséquent, le critère d'effectivité, qui comprend en l'espèce, et de manière opportune, l'exigence du respect des droits de la défense et du bon déroulement de la procédure, ne s'oppose pas à une modalité procédurale interne qui interdit au juge de relever d'office des faits qui n'avaient pas été apportés par les parties.

408. Cette structure de justifications s'est d'abord rencontrée exclusivement dans la jurisprudence de la Cour relative à la problématique du relevé d'office par le juge interne, en excluant celles des affaires qui relevaient de la protection des consommateurs telle qu'assurée par la directive 93/13[1192]. Les arrêts *Peterbroeck* et *van Schijndel* ont en effet été suivis d'autres arrêts[1193] qui reproduisent à l'identique le schéma justificatif. La question qui peut alors se poser est celle de savoir pourquoi la Cour de justice a fait émerger un tel raisonnement, comprenant trois justifications comme laissées au hasard, dans sa jurisprudence traitant de la procédure du relevé d'office. La réponse tient sans doute dans le caractère délicat de cette procédure qui, le plus souvent, peut être ou doit être déclenchée en présence d'une contrariété d'ordre public[1194]. Or, l'ordre public touche aux structures essentielles du procès, à la tradition nationale lentement élaborée d'une forme de justice[1195]. Il illustre la construction de deux approches, l'une inquisitoriale issue de la tradition romano-canonique, l'autre accusatoire de la common law. Dans la première, le juge participe activement à la découverte de la vérité si besoin en intervenant *ex officio*, alors que dans la seconde, il ne fait que délivrer un jugement[1196]. Ces divergences, même si elles tendent à s'estomper[1197], restent fondamentalement ancrées dans le droit interne.

[1191] *Ibid.*, pt. 21.

[1192] L'arrêt *Océano Grupo*, *op. cit.*, ou encore l'arrêt *Mostaza Claro*, *op. cit.* ne font pas mention des justifications établies en 1995.

[1193] Voir par exemple les arrêts *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 46, et *van der Weerd*, *op. cit.*, pt. 33.

[1194] L'ordre public de l'État membre est un sujet particulièrement sensible pour la Cour de justice, qui lui laisse donc une capacité de neutralisation du droit de l'Union non négligeable, comme a pu le montrer l'arrêt *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, *op. cit.*

[1195] Devant le Conseil d'État, le caractère inquisitoire de la procédure daterait du « règlement d'Aguesseau » du 28 juin 1738, D. GILTARD, « Procès administratif et droit processuel », *AJDA*, 2014.

[1196] R. C. VAN CAENEGEM, *Le droit européen entre passé et futur. Unité et diversité sur deux millénaires*, Paris, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010, p. 62. L'auteur précise immédiatement que les différences doivent être sérieusement nuancées aujourd'hui, les deux modèles se rapprochant inévitablement.

[1197] De l'avis même de Van Caenegem, *Ibid.*, p. 63 ; voir par exemple X. LAGARDE, « Relevé d'office et ordre public de protection », *JCP G*, avril 2001, n° 15 p. I-312, qui explique le fondement accusatoire de la procédure civile face à l'ordre public de protection.

B. La généralisation en marche du raisonnement

409. Néanmoins, ces correctifs sont exportables, et le raisonnement de la Cour de justice jusque-là cantonné aux seuls cas de relevé d'office en dehors du domaine de la protection des consommateurs est reproductible dans d'autres procédures. Cela a pu prendre du temps, mais la Cour s'y est finalement résolue. En guise de mise en bouche, elle a d'abord, dès 1998 dans l'affaire *Levez*, rejeté catégoriquement la justification avancée par l'État membre et tenant, comme dans les affaires encore récentes *Peterbroeck* et *van Schijndel*, à la sécurité juridique et au bon déroulement de la procédure[1198], et alors qu'il s'agissait en l'espèce d'une modalité procédurale limitant l'effet rétroactif d'une disposition législative[1199]. Il faut attendre encore dix ans pour que la Cour de justice applique le *raisonnement Peterbroeck* à d'autres procédures que le relevé d'office, en particulier le droit d'une personne à bénéficier de la qualité de partie à l'instance[1200]. Ce n'est pourtant, là encore, qu'une timide percée, la Cour ne faisant que demander au juge de renvoi de prendre en compte les trois justifications de 1995[1201]. L'installation définitive du raisonnement arrive finalement par l'arrêt *Olimpiclub* du 3 septembre 2009 qui, en plus de remettre en cause pour la première fois l'autorité de la chose

---

[1198] *Belinda S. Levez*, *op. cit.*, pt. 33. La Cour écrit en effet que « *il n'apparaît pas que l'application de la règle litigieuse dans les circonstances de l'affaire au principal puisse être raisonnablement justifiée par des principes tels que ceux de la sécurité juridique ou du bon déroulement de la procédure* ». Quatre ans plus tard, la Cour de justice intègre les trois correctifs dans une affaire relative aux modalités du droit au recours : *Evans*, *op. cit.*, pt. 46. Ils ne sont toutefois pas analysés en tant que tels, même si on peut trouver trace d'une référence indirecte au bon déroulement de la procédure au point 53 lorsque la Cour estime que « *le système procédural ainsi mis en place par l'accord présente pour la victime, comme l'a fait observer le gouvernement du Royaume-Uni, des avantages de rapidité et d'économie de frais de justice* ». Elle les intègre après que le gouvernement du Royaume-Uni aie insisté sur la nécessaire prise en compte de ces nouveaux motifs offerts par le *raisonnement Peterbroeck* dans l'affaire *Köbler*, *op. cit.*, pts 24-28.

[1199] *Belinda S. Levez*, *op. cit.*, pt. 17. La question visait ici, pour l'application de la directive 75/117 relative à l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et féminins, à savoir « *si le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de droit national qui limite la période pour laquelle un travailleur peut prétendre à des arriérés de rémunération ou à un dédommagement pour violation du principe de l'égalité des rémunérations à deux ans avant la date d'introduction de la procédure, période de deux ans qui ne peut pas être augmentée, alors que le retard dans l'introduction de la demande est dû au fait que l'employeur a délibérément fourni à l'intéressé des informations inexactes sur le niveau de la rémunération perçue par des travailleurs du sexe opposé effectuant un travail équivalent au sien* ».

[1200] CJCE, 21 février 2008, aff. C-426/05, *Télé 2 Communication*, Rec. p. I-685.

[1201] *Ibid.*, pts 55 et 56. En effet, immédiatement après avoir évoqué la possibilité de faire valoir les justifications relatives à la protection des droits de la défense, de la sécurité juridique, et au bon déroulement de la procédure, la Cour de justice s'en remet au juge de renvoi à qui il appartient « *de s'assurer que le droit procédural interne assure la sauvegarde des droits que tirent de l'ordre juridique communautaire les utilisateurs et les entreprises concurrents d'une entreprise* ».

jugée en dehors d'une compétence exclusive de l'Union[1202], fait ainsi sortir le trio justificatif en dehors du seul relevé d'office[1203]. Il y a raison, selon nous, à faire référence aux justifications correctives dans une affaire qui, en remettant en question un principe de droit interne solidement ancré, aurait pu faire preuve d'autorité pour imposer sa décision. Cette raison tient simplement à la technique d'argumentation d'un juge qui n'est pas, à juste titre, de postuler, mais plutôt de convaincre. Cela est particulièrement vrai pour une Cour de justice dont les influences croisées des cultures juridiques des États membres[1204] ont abouti à une exigence de persuasion[1205]. Or, revenir sur la règle quasiment sacrée de l'autorité de la chose jugée, pilier à la fois de la sécurité juridique, et de l'autorité de la fonction de juger elle-même[1206], nécessite un effort supplémentaire de persuasion, que seul l'épuisement des arguments les plus stato-centrés d'un État membre peut accomplir. Les trois *correctifs Peterbroeck*, « *à la base du système juridictionnel national* »[1207] sont de ces arguments. Ainsi, pour convaincre le juge de renvoi de la nécessité de revenir sur l'autorité de la chose jugée par lui, encore fallait-il pour la Cour de justice démontrer que rien, pas même les droits de la défense, la sécurité juridique ou le bon déroulement de la procédure ne pouvait s'y opposer. Dans cette veine, le motif tenant à la sécurité juridique fut celui soumis au test de résistance de la Cour[1208], et a échoué, le juge estimant que l'ampleur de l'atteinte du droit communautaire ne pouvait être raisonnablement justifié par le principe de sécurité juridique[1209]. Cette porte désormais ouverte, la Cour a répété dans d'autres procédures le *raisonnement Peterbroeck*, en matière de mode de preuve en

---

[1202] Voir ci-dessous Titre II, Chapitre II, Section 1, II-A, la première incise dans l'autorité de la chose jugée dans le cadre d'une compétence exclusive étant celle effectuée par l'arrêt *Lucchini SpA contre MICA*, *op. cit.*, pts 52 et 62.
[1203] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*
[1204] Voir l'article de L. COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, pp. 643 et suiv., dans lequel il décrit l'implication des trois familles juridiques romanogermanique, de common law, et nordique.
[1205] Voir encore *Ibid.*, pp. 648-656, qui parle de « persuasion » en lieu et place d' « autorité ».
[1206] En ce qui concerne la sécurité juridique, le principe a été maintes fois affirmé par la Cour de justice, y compris par la grande chambre, notamment dans l'arrêt *Köbler*, *op. cit.*, pt. 38. Le gouvernement français considère lui-même qu'il s'agit d'une principe fondamental permettant d'assurer « *la prééminence du droit et le respect des décisions de justice* », le gouvernement du Royaume-Uni estimant lui que cela aboutirait à ce que *« l'autorité et la réputation du pouvoir judiciaire seraient affaiblies* », arrêt *Ibid.*, respectivement pts 23 et 26.
[1207] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 27.
[1208] « *Il y a donc lieu d'examiner plus particulièrement si l'interprétation susmentionnée de l'article 2909 du code civil italien peut être justifiée en vue de la sauvegarde du principe de sécurité juridique, eu égard aux conséquences qui en découlent pour l'application du droit communautaire* », *Ibid.*, pt. 28.
[1209] *Ibid.*, pt. 31.

2003[1210], de droit au recours en 2009[1211], de délai de forclusion en 2011[1212], ou de compétence territoriale d'un tribunal en 2013[1213].

410. Finalement, la diffusion croissante de ce raisonnement a permis à la Cour de l'utiliser pour la première fois dans la mise en œuvre de la directive 93/13 en matière de protection des consommateurs, alors que ce domaine était longtemps resté exclu, d'abord dans le domaine originel du relevé d'office[1214], puis en dehors de ce type de modalité procédurale[1215]. La banalisation de cette structure de correctifs est, s'il fallait encore le démontrer, un témoin supplémentaire de la prise en compte des désidératas des États membres par la Cour de justice. Cela est particulièrement vrai dans le domaine de la protection des consommateurs qui était resté jusqu'en 2014 à l'abri de cette tentation, car la Cour considère que la situation d'infériorité dans laquelle il se trouve oblige le juge à lui assurer une protection renforcée[1216].

411. La subsidiarité juridictionnelle joue ainsi dans le sens de plus de liberté laissée aux juridictions nationales, en prenant en considération l'identité nationale sans le dire. Le régime de ces justifications tend d'ailleurs à se rapprocher de celui des autres justifications.

[1210] *Steffensen*, *op. cit.*, pt. 66, sans toutefois que les correctifs fassent l'objet d'une analyse.
[1211] *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pt. 47.
[1212] *Francisco Javier Rosado Santana*, *op. cit.*, pt. 92.
[1213] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 48.
[1214] *Pohotovost' II*, *op. cit.*, pt. 51.
[1215] CJUE, 17 juillet 2014, aff. C-169/14, *Sánchez Morcillo et Abril García*, n. e. p., pt. 34.
[1216] Ainsi que le rappelle l'avocat général N. Wahl au point 51 de ses conclusions présentées le 12 décembre 2013 dans l'affaire *Pohotovost' II*, *op. cit.*, « Je rappelle que, selon une jurisprudence bien établie, le système de protection mis en œuvre par la directive 93/13 repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » ; l'arrêt *Océano Grupo*, *op. cit.*, pt. 25 avait ouvert la voie à la reconnaissance de l'infériorité contractuelle du consommateur.

Section 2 – Le régime des « justifications correctives »

412. La Cour de justice a élaboré, avec le concours des États membres intervenant dans les procédures, une technique de dédouanement qui permet à ces derniers de voir l'atteinte au droit de l'Union par une disposition procédurale nationale relativisée. À première vue, il s'agit d'une distanciation du principe de primauté du droit de l'Union sur le droit des États membres. En effet, les États membres peuvent justifier l'atteinte au droit de l'Union grâce à des principes reconnus par la Cour (I). La consolidation d'un régime nouveau permettant aux États membres de s'extraire de leurs obligations telles que définies par le droit de l'Union apparaît également avec l'émergence d'un contrôle de proportionnalité de la violation du droit de l'Union (II), qui reste néanmoins assez anecdotique.

I – La justification étatique de l'atteinte du droit de l'Union

413. Les justifications que les États membres peuvent avancer pour rendre une disposition procédurale interne compatible avec le droit de l'Union ne peuvent être invoquées que lorsque le seul critère d'effectivité est susceptible d'être atteint (A). Cette restriction, imposée par la Cour de justice depuis l'origine, même de façon implicite, a permis à la Cour de justice de développer progressivement son raisonnement lorsque ces justifications interviennent, jusqu'à en faire des considérations impérieuses solidement ancrées dans sa jurisprudence (B).

A. Des justifications attachées au critère d'effectivité

414. Pour des raisons de logique juridique, la Cour de justice a explicitement exclu qu'une justification puisse intervenir face à la violation du critère d'équivalence (1), se concentrant alors exclusivement sur le cas du critère d'effectivité (2).

1. L'exclusion du critère d'équivalence

415. L'État membre qui voudrait s'exonérer du respect strict du droit de l'Union peut, sous contrôle de la Cour de justice, invoquer des justifications. Ces excuses dérogatoires ne sont toutefois acceptées que lorsque l'État membre, du fait de ses modalités procédurales, craint une violation du critère d'effectivité, ou une atteinte à l'efficacité de la mise en œuvre du droit de l'Union. En effet, il n'est pas possible de justifier une violation potentielle du critère d'équivalence. Dans l'arrêt *van Schijndel*, la Cour dit bien que la justification ne se pose qu'en cas de doute quant au respect du critère d'effectivité[1217] :

> « *Pour l'application de ces principes, chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure* ».

416. La Cour explique ainsi que l'État membre qui souhaiterait préserver l'élément de sa procédure juridictionnelle ne peut se justifier que dans le cas ou la modalité en cause serait susceptible de rendre « *impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire* ». On reconnaît alors ici la formule usuelle du critère d'effectivité. Si l'exonération ne porte que sur le critère d'effectivité, c'est que la violation du critère d'équivalence ne peut être en elle-même justifiée. Il n'est pas cohérent en effet qu'un État membre justifie une disposition procédurale applicable à un droit de l'Union, différente de celle applicable à un droit interne équivalent, car cette différence de traitement ne serait pas fondée. Elle révèle une absence inexcusable de bonne foi de l'État, une « hypocrisie » de l'État membre[1218]. Des difficultés de mise en œuvre du droit de l'Union, de même que des considérations tenant au respect de droits fondamentaux, ne peuvent être recevables, dès lors

[1217] *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19 (nous soulignons).
[1218] Voir les propos de l'avocat général P. Mengozzi dans ses conclusions dans l'affaire CJCE, 8 septembre 2010, aff. jointes C-316/07, C-409–410/07 & C-358-360/07, *Stoß*, Rec. p. I-8069, pt. 50.

que ce même État membre ne voit aucun inconvénient à appliquer une modalité procédurale plus favorable dans une situation purement interne.

417. Ce raisonnement rappelle étroitement celui tenu en matière de liberté de circulation, où la Cour s'assure de la « cohérence » de la législation interne[1219]. Cette exigence de cohérence est sous-tendue dans l'application du critère d'équivalence. Par exemple, la Cour de justice s'est exprimée en ces termes en matière de violation par une sentence arbitrale d'une règle d'ordre public : « *dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article [101 TFUE]* »[1220]. On ne voit pas, en effet, ce qui pourrait justifier que l'État membre discrimine le droit de l'Union, et plus particulièrement ici ses règles de concurrence. Par conséquent, les justifications en matière procédurale ne sont pas ouvertes dans le cadre de l'analyse du respect du critère d'équivalence. Elles ne le sont que dans le cadre de l'analyse de l'effectivité[1221].

[1219] Voir l'expression utilisée par E. BERNARD, « La Cour de justice précise les règles du jeu », *Europe*, novembre 2010, étude 12, qui parle de « contrôle de la cohérence des mesures », en l'espèce en matière de réglementation étatique dans le domaine des jeux de hasard, susceptibles de constituer une restriction à la libre prestation de service. Dans une affaire plus ancienne, *Conegate*, qui concernait l'interdiction par le Royaume-Uni de l'importation sur son territoire de poupées gonflables pour des motifs de moralité publique, la Cour de justice a estimé que cet État membre ne pouvait se prévaloir d'une telle exemption, dès lors qu'il « *ne prend pas, à l'égard des mêmes marchandises fabriquées ou commercialisées à l'intérieur de son territoire, des mesures répressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à empêcher la distribution sur son territoire* » : CJCE, 11 mars 1986, aff. 121/85, *Conegate*, Rec. p. 1017, pt. 15. Certains font remonter ce test de cohérence à 2003 seulement dans l'arrêt CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-243/01, *Gambelli*, Rec. p. I-13031. C'est le cas notamment de V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation », *op. cit.*, p. 221. Voir aussi la position de G. MATHISEN, « Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement », *CMLR*, 2010, n° 47, pp. 1021-1048.

[1220] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 37.

[1221] Il convient de noter d'emblée toutefois que l'effectivité ne s'applique pas à des situations qui ne sont pas opposables aux particuliers : « *Toutefois, la Cour a déjà jugé que le respect de la jurisprudence rappelée aux points 33 à 38 du présent arrêt, inspirée par les principes de sécurité juridique et d'égalité de traitement, n'est pas contraire à celui d'effectivité du droit de l'Union, dès lors que ce dernier principe ne peut pas concerner des règles qui ne sont pas encore opposables aux particuliers* » : CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-146/11, *Pimix*, Rec. num., pt. 44, à propos de l'application d'un règlement qui n'était pas encore publié au Journal officiel de l'Union européenne en langue estonienne, alors que cet État avait depuis adhéré à l'Union.

2. La justification de *l'atteinte* à l'effectivité

418. Malgré une doctrine peu diserte sur les justifications en matière de compétence procédurale (b), la Cour de justice n'a pas manqué de donné des signes explicites de son orientation (a).

a. Les premiers signes des justifications prétoriennes

419. À l'étude, il apparaît que la Cour de justice a véritablement innové (i), avant même les justifications en matière de libre circulation des marchandises, sans pour autant écarter toute influence de la Cour européenne des droits de l'homme (ii).

i. L'innovation de la Cour de justice

420. C'est un système d'exonération diffus et complexe, souvent éludé, que la Cour de justice met progressivement en place. Il a fallu du temps pour qu'elle use, encore que de manière sporadique, d'un vocabulaire tombant dans le champ lexical de la *justification*[1222]. Ainsi a t-elle timidement déclaré, en 1999 dans l'arrêt *Eco Swiss China Time*, que certaines « *règles de procédure nationales […] se justifient par les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que ceux de la sécurité juridique et du respect de la chose jugée qui en constitue l'expression* »[1223]. Ainsi certaines règles procédurales internes peuvent-elles être *justifiées*, leur tort originel étant le non respect du critère d'effectivité.

421. Ces occurrences restent rares, et la plupart du temps il faut se contenter de formulations plus obscures qui cachent la fonction exonératoire des principes, qu'elle utilise à la demande des États membres. Dans l'arrêt *Haahr Petroleum,* par exemple, il est malaisé d'identifier le principe de sécurité juridique, en tant que justification d'un délai national de forclusion des recours qui, par définition, ne permet pas la pleine application du droit de l'Union car il encadre son invocabilité dans le temps :

> « *la fixation de délais de recours raisonnables à peine de forclusion, qui constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique,*

[1222] Il ne faut pas toutefois confondre les justifications qui servent les États membres et celles qui sont apportées par les justiciables non étatiques. Il y a par exemple l'affaire CJCE, 20 septembre 1990, aff. C-5/89, *Commission c. Allemagne*, Rec. p. I-3437. Dans cette affaire, il est question du non respect du principe d'effectivité, et du refus de recevoir la justification tenant au respect de la confiance légitime et de la sécurité juridique. Or, en l'espèce, les justifications de la confiance légitime et de la sécurité juridique ont été avancées par les particuliers, et non par l'État membre, ainsi que le rappelle à juste titre DONY M., « Les aides illicites et la confiance légitime. Les obstacles à la récupération des aides », *Revue de droit commercial belge,* 1991, p. 87.

[1223] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 46 (nous soulignons).

> *satisfait aux deux conditions susvisées et ne saurait notamment être considérée comme rendant en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit communautaire, même si, par définition, l'écoulement de ces délais entraîne le rejet, total ou partiel, de l'action intentée* »[1224].

422. De façon tout à fait claire, la Cour de justice explique que le délai de recours à peine de forclusion entraînera le rejet de l'action à laquelle l'individu avait pourtant droit sur le fondement du droit de l'Union. Cette position est ancienne et constante, et s'explique par la nécessaire *stabilité des relations juridiques*, en d'autres termes, la sécurité juridique[1225]. Or, on perçoit tout aussi clairement dans le phrasé de l'arrêt que les juges ont entendu dissimuler la justification avancée par l'État membre sous les attraits de l'exigence découlant, en fait, du droit de l'Union, la Cour faisant référence à la sécurité juridique en tant que « *principe fondamental* ». Plus tard, dans l'arrêt *Olimpiclub* du 3 septembre 2009, la Cour de justice va sans ambiguïté considérer le principe de sécurité juridique, tel qu'invoqué par l'État membre, comme une justification potentielle d'une procédure nationale portant atteinte à l'effectivité du droit de l'Union. À propos d'une application du principe de l'autorité de la chose jugée par le juge italien, elle déclare alors qu'il y a lieu « *d'examiner plus particulièrement si l'interprétation susmentionnée de l'article 2909 du code civil italien peut être justifiée en vue de la sauvegarde du principe de sécurité juridique, eu égard aux conséquences qui en découlent pour l'application du droit communautaire* »[1226]. Ces « *conséquences* » sont en réalité l'atteinte à l'effectivité du droit de l'Union du fait de la non récupération d'une aide d'État illégale. Dans cette affaire, la Cour de justice doit alors opérer à un balancement entre sécurité juridique – la justification – et remise en cause de l'autorité de la chose jugée – dans l'intérêt de l'effectivité du droit de l'Union.

423. Chronologiquement, un premier embryon de justification était apparu en 1976 dans les arrêt *Rewe* et *Comet*, où la Cour de justice, en même temps qu'elle posait les exigences d'équivalence et d'effectivité qui encadrent les pouvoirs procéduraux du juge national, acceptait un délai de forclusion au motif qu'il était l'application « *du principe fondamental de*

[1224] *Haahr Petroleum*, *op. cit.*, pt. 48. La Cour a prononcé ces mêmes mots dans un arrêt rendu le même jour, *Texaco*, *op. cit.*, pt. 46 ; cette manière de formuler la justification est d'ailleurs constante, puisqu'on la retrouve bien plus tard dans l'arrêt *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pt. 56.

[1225] C'était en effet le cas déjà dans les arrêts *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, et *Comet BV*, *op. cit.*

[1226] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 28 (nous soulignons).

sécurité juridique »[1227]. Ces arrêts préfiguraient-ils l'arrêt *Cassis de Dijon* rendu trois ans plus tard, et qui, en échange[1228] d'une application des règles de libre circulation des marchandises aux mesures nationales indistinctement applicables aux produits nationaux et importés, autorisait les États membres à invoquer des « *exigences impératives d'intérêt général* »[1229] ? Quelle que soit la réponse, qui ne peut être définitive, la Cour de justice a rendu un an après cet arrêt fondateur en matière de libre circulation des marchandises une décision plus explicite, prenant en considération des intérêts légitimes de l'État membre concerné. Il s'agissait alors de l'excuse tenant au risque d'enrichissement sans cause des personnes réclamant la restitution d'une somme indument payée à l'État ou à la Communauté. Dans cette affaire *Hans Just*, le Danemark avait fait valoir à la Cour qu'avec un délai de prescription de cinq ans, un recours en restitution d'une taxe indument payée pouvait entrainer un enrichissement sans cause de l'opérateur économique, si celui-ci avait notamment répercuté le coût de la taxe sur le prix de ses produits[1230]. La Cour de justice accepta alors que l'État membre invoque le risque d'enrichissement sans cause pour ne pas rembourser une taxe contraire au droit communautaire[1231]. La technique de récupération de la Cour, qui sera plus tard éprouvée avec le principe de sécurité juridique, et qui consiste à capter une règle procédurale de droit national pour en faire une règle de droit de l'Union, prenait ainsi ses marques en matière d'interdiction de l'enrichissement sans cause. Cette règle, à l'origine une revendication des États membres, devient en effet, à l'arrivée, une notion communautaire[1232]. Il devient alors plus simple pour la Cour de justice d'accepter une telle justification de la part des États membres, dès lors que l'Union et ses États poursuivent un même but social à travers ces principes.

424. La Cour n'accepterait alors comme justification que des principes communautarisés, ce qui n'est pas aussi permissif que les objectifs légitimes d'intérêt général dans le domaine des

---

[1227] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5.
[1228] V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses. », *op. cit.*, pp. 191-193.
[1229] *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, *op. cit.*, pt. 8. La Cour y formule, dans un énoncé resté célèbre, que « *les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, 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* ».
[1230] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 24.
[1231] *Ibid.*, pt. 26 : « *la protection des droits garantis en la matière par l'ordre juridique communautaire n'exige pas d'accorder une restitution de taxes indûment perçues dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droit* ».
[1232] *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 26. La Cour écrit alors que « *la répétition de l'indu peut donner lieu à un enrichissement sans cause uniquement dans l'hypothèse où les montants indûment versés par un assujetti en vertu d'une taxe perçue dans un État membre en violation du droit de l'Union ont été répercutés directement sur l'acheteur* ».

libertés de circulation. Cette restriction ressort d'ailleurs de la décomposition des exigences de la Cour opérée par M. Accetto et S. Zleptnig. Dans leur article, les auteurs estiment que les deux conditions que l'État membre doit remplir pour apporter une justification sont que, premièrement, l'intérêt invoqué doit avoir des implications systémiques dans l'ordre juridique national, et que, deuxièmement, cet intérêt doit être fondé sur un principe général reconnu par le droit de l'Union, quand bien même il n'en serait pas issu[1233]. Il en va ainsi du principe de sécurité juridique précédemment cité, et qui est un principe reconnu par la Cour de justice[1234], malgré son invocation par l'État membre. Par conséquent, il arrive que la Cour ait à faire cohabiter le critère d'effectivité avec un principe général du droit de l'Union, telle la sécurité juridique ou la confiance légitime, et dans ce cas, le balancement se fait en fait entre deux principes communautaires.

ii. Le rôle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

425. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la mise en œuvre effective des droits garantis par la Convention est consubstantielle à sa fonction même, qui est de *« protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs »*[1235]. Des *mesures positives* peuvent donc être décidées par la Cour afin d'assurer l'effectivité des droits que les particuliers tirent de la Convention[1236]. Néanmoins, il faut comprendre l'effectivité d'un recours comme requérant que celui-ci « *ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'État défendeur* »[1237]. Trouvons-nous là l'expression d'une possible justification de l'ineffectivité de la mise en œuvre procédurale ? Force est de constater que la Cour européene des droits de l'homme régule à l'envi le contenu des obligations positives, *a fortiori* dans les conflits indirects entre un droit substantiel garanti par la Convention et un droit procédural interne[1238]. Dans ces domaines, la marge nationale d'appréciation sert de point de mire à un contrôle de proportionnalité de la violation du droit par rapport à un but légitime

[1233] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 403.
[1234] P.-J. WATTEL, « National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages? », *op. cit.*, p. 110.
[1235] CEDH, 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, 6289/73, pt. 24.
[1236] F. SUDRE *et al.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, Thémis, 2011, p. 21.
[1237] CEDH, 26 novembre 1996, *Askoy contre Turquie*, req. n° 21987/93, pt. 95.
[1238] Voir les développements de É DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, spéc. p. 267 et suiv.

revendiqué par l'État[1239]. La Cour de justice rapproche-t-elle son interprétation de l'effectivité de la protection juridictionnelle, de celle de l'effectivité du recours[1240] ?

426. Le cas de l'affaire *Alassini* devant la Cour de justice, démontre la perméabilité des deux jurisprudences dans le domaine de la compétence procédurale. Pour rappel, dans cet arrêt rendu le 18 mars 2010, la quatrième chambre de la Cour a mêlé grille d'analyse classique autour des critères d'équivalence et d'effectivité, et critères d'analyse du « *droit à une protection juridictionnelle effective consacré par l'article 6 de la CEDH* »[1241] . Si l'équivalence et l'effectivité sont a priori respectées, ce n'est pas le cas de la protection juridictionnelle effective au sens de l'article 6 de la Convention. Malgré cette contrariété, la procédure interne relative à une procédure extrajudiciaire préalable à tout recours juridictionnel, fut déclarée conforme audit principe car elle répondait à des *objectifs d'intérêt général*[1242]. La Cour a en effet raisonné comme le fait le juge de Strasbourg, en mettant en balance l'effectivité du droit consacré avec le but légitime invoqué par l'État membre. Or, en matière de compétence procédurale, la Cour de justice n'avait encore jamais évoqué la possibilité que de tels objectifs puissent justifier le non respect de la protection juridique que les particuliers tirent du droit de l'Union[1243]. La jurisprudence pertinente visée par la Cour n'est donc pas la sienne, mais celle de la Cour de Strasbourg, et notamment l'arrêt *Fogarty c. Royaume Uni* du 21 novembre 2001, dans lequel étaient envisagées des limitations au droit d'accès à un tribunal découlant de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention[1244].

[1239] Voir la méthode posée par l'arrêt CEDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner contre Royaume-Uni*, 9310/81, pt. 41. Voir obs. P. TAVERNIER, *JDI*, 1991, p 774.

[1240] Pour un tel rapprochement, voir C. MAUBERNARD, « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *RAE-LEA*, 2006, n° 1, p. 72.

[1241] *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.*, pt. 31.

[1242] *Ibid.*, pt. 61.

[1243] Il faut en effet attendre 2012 et l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, *op. cit.*, pt. 58, pour que la Cour évoque l'existence de tels objectifs. Certes ils sont qualifiés ici de « *considérations impérieuses* », mais la Cour parle au paragraphe précédent d' « *objectif de protection de l'environnement* ». Voir le commentaire de T. LOCK, « Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive? », *op. cit.*

[1244] *Fogarty contre Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI*, *op. cit.*, cité au point 63 de l'arrêt *Rosalba Alassini e. a.*, *op. cit.* Voir J.-F. FLAUSS, *D.*, 2003, p. 1246 ; O. DE FROUVILLE, *JDI*, 2002, p. 273 ; I. PINGEL, *RGDIP*, 2002, p. 893 ; et F. SUDRE, *JCP G.*, 2002, I, p. 105. L'arrêt *Dokter*, *op. cit.* auquel il est également renvoyé n'intervient pas dans un cas de compétence procédurale.

b. La discrétion de la doctrine dans l'analyse des justifications

427. Rarement dans la doctrine on peut trouver des références aux justifications. Outre l'article de M. Accetto et S. Zleptnig que nous avons cité, il peut être fait référence à A. Adinolfi, qui y fait une allusion, et s'exprime en ces termes : « En trouvant un équilibre entre la nécessité de respecter 'l'autonomie procédurale' des États membres et l'exigence que l'application du droit de l'Union soit assurée de manière efficace, les principes généraux du système juridique européen jouent un rôle crucial. Le régime appliqué par la Cour vise à savoir si une restriction au principe d'effectivité peut être justifiée en vertu des principes différents, tel celui de la sécurité juridique »[1245]. Ainsi se trouve envisagée l'hypothèse selon laquelle un principe général du droit pourrait venir justifier le non respect par un État membre de son obligation découlant de la mise en œuvre effective du droit de l'Union. L'équilibre entre deux obligations dont parle l'auteur pourrait alors très bien renvoyer à la mise en application d'un contrôle de proportionnalité. Dans la doctrine en langue française, D. Simon y fait rapidement référence lorsqu'il écrit que « l'impossibilité de remettre en cause une décision administrative devenue définitive se justifie par la protection de la sécurité juridique »[1246]. Finalement, l'attention le plus concrète à la justification dans la jurisprudence de la Cour est sans doute celle donnée par T. Lock dans son commentaire de l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie*[1247]. Le titre de son commentaire, « Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive? », n'est significatif que lorsqu'on comprend que les exigences de la directive en question sont procédurales, et non substantielles, et que les « exceptions » auxquelles il fait référence sont calquées sur le raisonnement que la Cour de justice utilise dans les arrêts *Rewe* et *Comet* de 1976. Autrement dit, T. Lock envisage la possibilité d'échapper au strict encadrement par l'équivalence et l'effectivité comme une exception, ici fondée sur la protection de l'environnement[1248].

[1245] A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 282, sous note 5 : « In striking the balance between the need for respect of Member States' 'procedural autonomy' and the requirement that enforcement of EU law is effectively ensured, the general principles of the European legal system play a crucial role. The scheme applied by the Court aims at ascertaining if a restriction to the principle of effectiveness may be justified under different principles, e. g. that of legal certainty ».

[1246] D. SIMON, « Obligation de rouvrir une procédure administrative définitive », *Europe*, n. 12, décembre 2012, comm. 473, à propos de l'arrêt *Byankov*, *op. cit.*

[1247] T. LOCK, « Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive? », *op. cit.*, pp. 217-230.

[1248] *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, *op. cit.*, pt. 57. La Cour écrit que « *il y a lieu de constater que la juridiction de renvoi [...] se réfère uniquement à l'objectif de protection de l'environnement, lequel constitue l'un des objectifs essentiels de l'Union et revêt un caractère tant transversal que fondamental* ».

428. La discrétion de la doctrine dans la systématisation des justifications en matière procédurale explique sans doute pour une part la difficulté de la Cour de justice à unifier leur terminologie et leur régime. Pourtant, une ligne, quoique très fine, permet de déceler l'affirmation de ces justifications.

B. Des considérations impérieuses révélées par l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie du 28 février 2012*

429. L'arrêt *Inter-Environnement Wallonie* du 28 février 2012[1249] est venu apporter une pierre essentielle à la qualification des justifications, désignées pour la première fois comme *considérations impérieuses* (1), au terme d'une consolidation du raisonnement d'une Cour de justice de plus en plus à son aise dans le maniement de ces justifications (2).

1. Une considération impérieuse

430. Comme les raisons impérieuses d'intérêt général dans les libertés de circulation, les correctifs dans la compétence procédurale devraient poursuivre un objectif non économique (a) afin de pouvoir être élevé au rang de considération impérieuse (b).

a. Des objectifs non économiques

431. Justifier une atteinte aux règles issues du droit de l'Union ne peut s'envisager que dans une perspective plus globale. La « pluriformité » européenne ne peut se faire au détriment de son « unicité »[1250]. Par conséquent les justifications doivent répondre à un critère unique opérant une singularisation des principes et prétextes avancés par les États membres. Ces derniers ne sont alors plus libres de faire valoir n'importe quelle excuse pour se dégager d'une obligation spécifique. Ce critère unique découle de la fonction sociale des justifications en droit de l'Union, qu'il s'agisse des exigences impératives, des raisons impérieuses, des considérations impérieuses, ou de toute autre dérogation à l'application pleine et entière de la règle matérielle invoquée. Il donne lieu à l'interdiction faite aux États membres d'avancer un motif de nature économique pour justifier une mesure nationale, substantielle ou procédurale, qui porte atteinte au droit invoqué tiré du droit de l'Union. La règle est vraie en matière de libre circulation[1251],

---

[1249] *Ibid.*

[1250] Cees Nooteboom, *L'enlèvement de l'Europe*, Calman-Levy, 1994, 123 p.

[1251] Ainsi, des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de la libre prestation des services, comme par exemple dans l'affaire CJCE, 5 juin 1997, aff. C-398/95, *SETTG*, Rec. p. I-3113, pt. 23. En l'espèce il s'agissait d'une justification tenant au maintien de la paix sociale en tant que moyen de mettre fin à un conflit collectif. De même, en matière

et elle a fini par s'imposer aussi en matière de mise en œuvre procédurale nationale du droit de l'Union. La Cour de justice le reconnaît elle-même dans l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie*, en déclarant que « *la juridiction de renvoi n'invoque pas des motifs de nature économique aux fins d'être autorisée à procéder à un tel maintien des effets de l'arrêté attaqué, mais se réfère uniquement à l'objectif de protection de l'environnement, lequel constitue l'un des objectifs essentiels de l'Union et revêt un caractère tant transversal que fondamental* »[1252]. Parce que le motif invoqué n'est pas de nature économique, il peut remplir une fonction sociale acceptable, et faire contrepoids au non respect d'un droit tiré du droit de l'Union. Ce motif, cette justification peut alors être considérée comme une « *considération impérieuse* »[1253].

432. Il est regrettable que le souci de n'accepter que des motifs légitimes qui ne sont pas de nature économique n'apparaisse pas plus fréquemment dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Sans pour autant plaider pour un rapprochement du régime des justifications en matière procédurale de ceux en matière de libre circulation, il ne peut être tout à fait satisfaisant que la porte soit laissée ouverte aux États membres de pouvoir invoquer des buts économiques qu'ils considèreraient comme légitimes. Dans la pratique de la Cour, l'ensemble de ces buts acceptés à ce jour n'a pas de vocation économique, du moins de vocation purement économique. La sécurité juridique[1254], les droits de la défense[1255], le respect du procès équitable[1256] ou encore l'autorité de la chose jugée[1257] ne sont pas des motifs de nature économique, quand bien même la Cour de justice ne le dit expressément que pour la protection de l'environnement. De même, l'interdiction de l'enrichissement sans cause[1258] n'est pas un motif purement économique, même s'il en a les caractéristiques *a priori*. Au premier abord, il pourrait s'agir de ne pas accorder à une entreprise ou une personne physique qui a répercuté le coût d'une taxe illégale, un avantage économique qu'elle n'aurait pas eu en l'absence de cette taxe. Or à y regarder de plus près, on peut considérer qu'il s'agit plutôt d'une mesure de justice et de bon sens, tant à l'égard des autres opérateurs économiques qui ne sont pas dans la même

---

de libre circulation des marchandises, voir l'arrêt CJCE, 28 avril 1998, Aff. C-120/95, *Decker*, Rec. p. I-1831, pt. 39. Il s'agit alors de la justification tenant au besoin de contrôler les dépenses de santé.

[1252] *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, *op. cit.*, pt. 57.

[1253] *Ibid.*, pt. 58.

[1254] *Edis*, *op. cit.*, pt. 34.

[1255] *Heemskerk et Schaap*, *op. cit.*, pts 46-47.

[1256] *Steffensen*, *op. cit.*, pt. 79.

[1257] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 46.

[1258] *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 18.

situation, qu'à l'égard de la personne visée, qui n'a droit qu'à une compensation de la « perte patrimoniale subie » par le paiement indu[1259].

433. Au demeurant, la Cour de justice en matière de libre circulation a pu accepter au titre de motifs légitimes des objectifs économiques, sans l'assumer pour autant[1260]. Il en va ainsi de la volonté de préserver l'équilibre du système de sécurité sociale[1261], ou la cohérence du système fiscal[1262]. Or, la Cour européenne des droits de l'homme elle-même accepte que des buts légitimes aient une coloration économique. Il en va ainsi de la jurisprudence *National and Provincial Building Society*, où le souci de préserver le niveau des recettes fiscales est un motif impérieux d'intérêt général permettant d'accepter qu'un État donne un effet rétroactif à une loi[1263]. De son côté, la Cour de justice, sans reconnaître l'existence d'une telle justification économique, autorise un État membre à réduire un délai de prescription pour demander le remboursement d'une taxe indue, avec effet rétroactif[1264].

b. Une considération impérieuse reconnue

434. La justification d'une mesure procédurale nationale qui pose potentiellement problème au regard du critère d'effectivité a trouvé une qualification précise dans l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie*, à l'occasion de la possibilité qu'a le juge belge de maintenir certains effets d'un acte national annulé. Le problème au regard du droit de l'Union était que cet acte national, s'il devait être annulé, le serait car contraire à la directive 2001/42 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement. Ainsi, un acte national annulé peut-il encore produire des effets alors qu'il est contraire au droit de l'Union ? Le paradoxe dans cette affaire voulait en effet que cet acte, même contraire à la directive, permettait néanmoins d'assurer une protection de l'environnement. L'exigence de primauté attachée à la directive doit-elle alors s'imposer au juge belge, et la compétence procédurale exercée par la Cour de justice exiger de ne pas maintenir les effets de l'acte annulé ? La tension ainsi créée a été désamorcée par la Cour de justice à l'aide de l'intervention certes d'une

[1259] Voir le point 5 des conclusions de l'avocat général G. F. Mancini rendues le 27 septembre 1983 dans l'affaire *San Giorgio*, *op. cit.*
[1260] V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation », *op. cit.*, p. 220.
[1261] CJCE, 6 novembre 1984, aff. 177/83, *Kohl*, Rec. p. 3652, pt. 41. La liberté concernée ici était la libre circulation des marchandises.
[1262] CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, Rec. p. I-249, pt. 21.
[1263] CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society contre Royaume-Uni*, 117/1996/736/933–935. Voir F. SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, Thémis, 6e éd., 2011, p. 323.
[1264] *Marks & Spencer (I)*, *op. cit.*, pt. 38.

justification – la protection de l'environnement – mais, et c'est une première, en la qualifiant de *considération impérieuse*. La Cour de justice explique donc à la juridiction de renvoi qu'elle « *pourra, compte tenu de l'existence d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement, exceptionnellement être autorisée à faire usage de sa disposition nationale l'habilitant à maintenir certains effets d'un acte national annulé* »[1265]. La primauté du droit de l'Union est ainsi pleinement sauvegardée, puisque c'est un principe européanisé qui s'applique, un but légitime déjà reconnu par la Cour de justice[1266]. Cette clarification du statut des justifications, bien que déjà utilisée en matière procédurale mais non juridictionnelle[1267], reste malheureusement isolée, et ne permet pas d'infirmer notre constat sur l'absence de régime unifié des justifications. Bien au contraire, il ne s'agit que d'un raisonnement supplémentaire, qui ne constitue même pas une catégorie étant donné qu'il n'a pas été reproduit.

2. La consolidation du raisonnement prétorien

435. S'il est un domaine dans lequel la jurisprudence s'analyse selon des blocs[1268], c'est bien celui des justifications. À tâtons, la Cour de justice a d'abord expérimenté la possibilité pour l'État membre de justifier l'atteinte potentielle à l'effectivité du droit de l'Union. La première acceptation par la Cour d'une justification est ainsi sans doute celle avancée par les Pays-Bas dans l'affaire *Steenhorst-Neerings* en 1993. Dans cette affaire, une règle procédurale limitait l'effet rétroactif d'une demande de régularisation des prestations d'incapacité de travail en application de la directive 79/7, à un an seulement à la date d'introduction de la demande : « *une telle règle, qui se trouve également dans d'autres lois néerlandaises de sécurité sociale, répond*

[1265] *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, *op. cit.*, pt. 58.

[1266] CJCE, 7 février 1985, aff. 240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, Rec. p. 531, pt. 12, où la protection de l'environnement est « *un des objectifs essentiels de la Communauté* » ; et CJCE, 20 septembre 1988, aff. 302/86, *Commission contre Danemark*, Rec. p. 4607, pt. 8, où la Cour rattache clairement la protection de l'environnement aux exigences impératives d'intérêt général en matière de libre circulation des marchandises. Voir P. THIEFFRY, « Marché intérieur européen et environnement », *JCl. Environnement*, 2011, pt. 39.

[1267] C'est le cas notamment dans l'arrêt *Dokter*, *op. cit.*, pt. 75. Il s'agissait en l'espèce de la mise en œuvre du droit communautaire par l'autorité administrative : « *Néanmoins, il y a lieu de rappeler que les droits fondamentaux, tels que le respect des droits de la défense, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis. Au nombre des objectifs susceptibles de justifier de telles restrictions figure notamment la protection de la santé publique ».* Pareil objectif d'intérêt général apparaissait dans les mêmes circonstances dans les affaires CJCE, 8 avril 1992, aff. C-62/90, *Commission c. Allemagne*, Rec. p. I-2575, pt. 23 ; et CJCE, 17 octobre 1995, aff. C-44/94, *Fishermen's Organisations e.a.*, Rec. p. I-3115, pt. 55.

[1268] B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTD eur.*, 2012, n° 4.

aux exigences d'une bonne administration, tenant à la possibilité, notamment, de contrôler si l'intéressé remplissait les conditions du droit à la prestation et de fixer le taux d'incapacité, au demeurant variable dans le temps. Elle répond également à la nécessité de préserver l'équilibre financier d'un régime dans lequel les demandes présentées par les assurés au cours d'une année doivent, en principe, être couvertes par les cotisations perçues pendant cette même année »[1269]. La Cour de justice confirme en 1994 dans une affaire *Elsie Rita Johnson,* dont les faits sont très proches de l'affaire *Steenhorst-Neerings*[1270], cette *permission*[1271] accordée aux États membres. Désormais, « il semble clair qu'un État membre peut réussir à contourner ses responsabilités découlant du droit communautaire au moyen d'une utilisation habile de ses règles procédurales nationales »[1272]. Cette possibilité est en effet dorénavant envisageable, et le commentateur de cet arrêt est, à notre connaissance, le premier à l'exprimer de cette manière, tout à fait conforme à la suite que la Cour de justice a donné aux décisions *Steenhorst-Neerings* et *Elsie Rita Johnson*.

436. En 1995, en effet, la Cour de justice a initié une prise en compte franche et intégrée des justifications dans son raisonnement. Mis en lumière par des arrêt *jumeaux* rendus le même jour, *Peterbroeck* et *Van Schijndel*[1273], à l'image des arrêts *Rewe* et *Comet* de vingt ans leurs aînés[1274], ce raisonnement propose de mettre en balance de manière plus systématique l'effectivité et certains buts légitimes, tels ici les droits de la défense, la sécurité juridique, et le bon déroulement de la procédure[1275]. Sans revenir dans le détail de ces affaires, mentionnons, à fin de compréhension, qu'il s'agissait dans les deux cas traités par la grande chambre, du pouvoir du juge national à relever d'office l'incompatibilité d'une norme interne avec le droit communautaire, alors même que le droit procédural national ne permet pas un tel comportement actif de la part du juge. Face à des modalités procédurales internes qui sont le reflet d'une conception particulière du procès – la passivité du juge face aux limites circonscrites par les

[1269] *Steenhorst-Neerings*, *op. cit.*, pt. 23.
[1270] CJCE, 6 décembre 1994, aff. C-410/92, *Elsie Rita Johnson*, Rec. p. I-5501, pts. 32-35.
[1271] I. HIGGINS, « Equal Treatment and National Procedural Rules: one Step Forward, two Steps Back », *Irish Jour. Eur. Law,* 1995, vol. 4, p. 24 : « Member States were permitted to rely upon limitation periods applicable under domestic law ».
[1272] I. HIGGINS, « Equal Treatment and National Procedural Rules: one Step Forward, two Steps Back », *Irish Jour. Eur. Law,* 1995, vol. 4, p. 29 (nous traduisons).
[1273] *Peterbroeck*, *op. cit.*, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*
[1274] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, et *Comet BV*, *op. cit.*, tous deux rendus en 1976.
[1275] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.

parties[1276] –, il fut sans doute convenu qu'il était temps de poser le cadre à une justification prétorienne nouvelle. C'est ainsi que la grande chambre, dans ses deux arrêts, explique que pour juger du respect du critère d'effectivité, « *il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure* »[1277]. Le raisonnement de la Cour de justice est alors le suivant : d'abord, il est rappelé que le juge national doit s'assurer que ses modalités procédurales respectent le critère d'équivalence et le critère d'effectivité, ce dernier se comprenant comme exigeant que le droit interne ne rende pas excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union[1278] ; ensuite, pour l'application du seul critère d'effectivité, il est nécessaire de tenir compte de la place de la modalité procédurale dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales ; enfin, dans ce travail de décortication du cadre procédural national, il faut prendre en considération les principes qui sont à la base du système juridique national, qui peuvent justifier la modalité interne au regard du critère d'effectivité.

437. Dans ces deux affaires, la Cour de justice procède alors, après avoir posé le raisonnement, à l'analyse de la modalité procédurale qui empêche au juge interne de relever d'office une incompatibilité avec le droit de l'Union. Dans l'arrêt *Peterbroeck*, tout d'abord, elle estime que ce « *délai n'est pas justifié au regard des principes de sécurité juridique ou de bon déroulement de la procédure* »[1279]. En revanche, dans l'arrêt *Van Schijndel*, la Cour considère que l'interdiction du relevé d'office est « *justifiée par le principe selon lequel l'initiative d'un procès appartient aux parties, le juge ne pouvant agir d'office que dans des cas exceptionnels où l'intérêt public exige son intervention* », de même que par la prévention « *des retards inhérents à l'appréciation des moyens nouveaux* »[1280], et que ce principe protège les droits de la défense et le bon déroulement de la procédure[1281]. Ce raisonnement, qui intègre de cette manière effectivité et justification étatique a été repris par la suite, et ce

---

[1276] *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 11. Le juge hollandais qui pose la question préjudicielle explique que « *même si l'article 48 du code de procédure civile néerlandais oblige le juge, au besoin, à soulever d'office les moyens de droit, le principe de la passivité du juge dans les affaires portant sur des droits et obligations civils dont les parties disposent librement implique que les moyens de droit suppléés ne contraignent pas le juge à sortir des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties ni à se fonder sur d'autres faits et circonstances que ceux qui fondent la demande* ».
[1277] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.
[1278] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 12 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 17.
[1279] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 20.
[1280] *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 21.
[1281] *Ibid.*, pt. 21.

régulièrement[1282], de sorte qu'il est aujourd'hui installé dans la jurisprudence de la Cour de justice.

II – L'émergence d'un contrôle de proportionnalité

438. Toutes les comparaisons ne sont pas pertinentes. Si les libertés de circulation offrent un élément d'encrage pour les questions relatives à la compétence procédurale, le comportement du contrôle de proportionnalité y est bien plus lacunaire. Il n'est pas possible, à ce stade, de trouver en l'état les deux critères posés par l'arrêt *Gebhard* et qui sont les tests d'aptitude et de nécessité[1283], voire le test de proportionnalité *stricto sensu*[1284]. Néanmoins, une prise en compte de la proportionnalité, sous forme de mise en balance du correctif avec le critère d'effectivité est perceptible (A), de même que la manifestation primitive des tests classique de l'aptitude et de l'entrave minimale (B).

A. Une mise en balance avec le critère d'effectivité

439. Lorsqu'un État membre fait appel à une justification corrective, et que cette dernière est intégrée dans le contenu de l'effectivité, la Cour de justice veille à ce que cette effectivité ne soit pas totalement dénaturée. L'intégration d'une nouvelle obligation ne peut en effet aboutir à ce qu'elle se substitue finalement à l'effectivité. Un souci de mise en balance entre les deux exigences apparaît alors dans la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt Belinda Levez, on peut alors lire que « *il n'apparaît pas que l'application de la règle litigieuse dans les circonstances de l'affaire au principal puisse être raisonnablement justifiée par des principes tels que ceux de la sécurité juridique ou du bon déroulement de la procédure* »[1285]. Le caractère nécessairement raisonnable de la justification illustre cette pondération.

440. Ainsi, les procédures nationales peuvent limiter « l'exercice (mais pas l'existence même) » des droits communautaires des individus, la Cour mettant alors en œuvre un contrôle de proportionnalité[1286]. La doctrine semble alors plus diserte sur ce point que sur la présence

---

[1282] *Evans*, *op. cit.*, pt. 46 ; *van der Weerd*, *op. cit.*, pt. 33 ; *Francisco Javier Rosado Santana*, *op. cit.*, pt. 92 ; *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 48.

[1283] CJCE, 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. p. I-4165, pt. 35, en matière de libre prestation de services.

[1284] Ce test est parfois mêlé au test de nécessité, parfois autonome : CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Säger*, Rec. p. I-4221, pt. 51 ; voir V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation », *op. cit.*, p. 221.

[1285] *Belinda S. Levez*, *op. cit.*, pt. 33 (nous soulignons).

[1286] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 401 (nous traduisons).

même de justifications[1287]. Dans la mise en œuvre des critères d'équivalence et d'effectivité, la Cour procède à un balancement avec les intérêts nationaux en cas de conflit avec le droit interne. Dans ces cas, « le principe de proportionnalité jouera un rôle crucial pour déterminer si l'intérêt avancé par la règle interne est légitime et justifiable, et peut, dans des circonstances particulières, limiter l'exercice des droits tirés du droit communautaire »[1288]. L'émergence d'une mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité de la mesure par rapport à la justification corrective invoquée se développe, d'abord de façon embryonnaire.

441. En effet, dans l'arrêt *Fantask*[1289], la Cour rejette la prétention de l'État à se cacher derrière sa « *faute excusable* », pour ne pas avoir à rembourser une taxe indument perçue. Dans cette affaire, l'impossibilité pour l'individu de réclamer la restitution d'une taxe au motif que l'État n'avait pas conscience qu'elle était illégale, ne peut être considéré comme ne rendant pas excessivement difficile la mise ne œuvre du droit de l'Union. La Cour explique alors que cette règle de la faute excusable « *aboutirait […] à favoriser les violations du droit communautaire qui se sont poursuivies sur une longue période* »[1290]. Cela serait vu comme une « excuse absolutoire »[1291] de l'État membre qui serait inacceptable au regard de ses obligations en vertu de l'obligation de coopération loyale. Sans détailler son raisonnement, la Cour fait néanmoins évoluer son contrôle de proportionnalité en donnant des indices sur ce qui mettrait en échec l'équilibre nécessaire entre correctif et effectivité. Ce même risque de déséquilibre apparaît encore dans l'arrêt *Olimpiclub,* dans lequel la Cour de justice accepte d'accueillir le correctif tenant au respect de l'autorité de la chose jugée. Cette constatation apparaît de façon explicite dans l'énoncé même de la Cour, qui estime que « *des obstacles d'une telle envergure à l'application effective des règles communautaires en matière de TVA ne peuvent pas être raisonnablement justifiés par le principe de sécurité juridique* »[1292], dont l'autorité de la chose jugée est l'expression. Il découle de cette articulation du raisonnement que, comme toute exception à une violation des traités, l'atteinte doit être proportionnée[1293]. C'est, du moins, ce

---

[1287] P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU law : texts, cases and materials*, *op. cit.*, p. 251.
[1288] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 402 (nous traduisons).
[1289] *Fantask*, *op. cit.*, pt. 48.
[1290] *Ibid.*, pt. 40.
[1291] P. DIBOUT, « La restitution des taxes perçues en violation d'une directive communautaire et la prescription », *op. cit.*, p. 351.
[1292] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 31 (nous soulignons).
[1293] Au demeurant, dans l'arrêt CJCE, 10 septembre 2002, aff. jointes C-216/99 et C-222/99, *Prisco et CASER*, Rec. p. I-6761, pt. 69, la Cour de justice a insisté sur cet aspect. Elle y déclare que « *une telle disposition, bien que formellement rétroactive, ne saurait non plus, en tout état de cause, être contraire aux principes de sécurité juridique, de respect de la confiance légitime et de proportionnalité, dans la*

qui ressort de ce que cette atteinte, parce que d'une « *telle envergure* », n'est pas « *raisonnablement* » justifiée. Dans ce travail qui ne cesse de mûrir, il faut donc « *trouver un équilibre entre l'exigence de la sécurité juridique et celle de la légalité au regard du droit de l'Union* », comme la Cour l'affirme dans un arrêt postérieur[1294], la « *légalité au regard du droit de l'Union* » signifiant ici le respect du critère d'effectivité.

442. Signe qu'elle entend limiter l'impact des justifications correctives sur le contenu de l'effectivité, la Cour de justice en donne une interprétation restrictive. En ce qui concerne le correctif tenant à l'interdiction de l'enrichissement sans cause, intégré dans l'effectivité de l'obligation de répétition d'une taxe indue, la Cour a bien dit que « *un tel refus de remboursement d'une taxe imposée sur la vente de produits étant une limitation d'un droit subjectif tiré de l'ordre juridique de l'Union, il convient de l'interpréter de manière restrictive* »[1295]. Ainsi posée, l'exigence d'une mise en balance au moyen du contrôle de proportionnalité peut être affinée.

B. L'embryon d'un contrôle classique

443. Le rapprochement avec la jurisprudence dans le domaine des libertés de circulation a des limites, tant la structure du contrôle de proportionnalité est ici lacunaire. On peut toutefois trouver trace d'un critère d'aptitude de la procédure interne à atteinte l'objectif (1), de même qu'un critère de l'entrave minimale (2).

1. Un critère d'aptitude de la procédure interne

444. Quoique brièvement, sans effusion, et ponctuellement, la Cour de justice a osé des réflexions sur l'aptitude qu'a une disposition procédurale nationale à atteindre l'objectif fixé, c'est-à-dire à accomplir le correctif invoqué par l'État membre. Ainsi, dans l'affaire *Agrokonsulting*, une règle nationale attribue la compétence territoriale à un seul tribunal pour le contentieux relatif aux décisions d'une autorité nationale chargée du versement d'aides agricoles au titre de l'application de la politique agricole commune. La Bulgarie, État d'origine du renvoi préjudiciel, avance des raisons tenant à la sécurité juridique, motif alors repris par la Cour de justice au titre de correctif intégré à l'effectivité. Dans l'arrêt rendu le 27 juin 2013 la Cour glisse ainsi, de manière subreptice, que « *une juridiction centralisée, spécialisée en*

---

mesure où elle ne modifie pas en elle-même la portée de la réglementation déjà applicable avant son adoption »

[1294] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 77, à propos d'un acte administratif devenu définitif.

[1295] *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 20.

matière d'aides agricoles paraît de nature à assurer une pratique uniforme sur l'ensemble du territoire national, contribuant ainsi à la sécurité juridique »[1296]. Le fait que la disposition procédurale interne soit reconnue comme « *contribuant* » à la sécurité juridique correspond à la validation par le juge du rôle que joue la modalité procédurale bulgare dans le respect de la sécurité juridique.

445. Le renvoi préjudiciel étant tributaire de la bonne volonté du juge national, on ne saurait trop reconnaître à l'Administrativen sad Sofia-grad, le tribunal administratif de Sofia, son rôle dans l'affaire *Agrokonsulting* que nous venons d'évoquer, et dans un autre renvoi, ayant donné lieu à l'arrêt *Byankov* rendu un an plus tôt. Dans cette précédente affaire, la Cour de justice écrivait déjà que « *le caractère définitif d'une décision administrative contribue à la sécurité juridique* »[1297]. Tout comme dans l'autre affaire à l'initiative du juge administratif bulgare, qui par ailleurs siège seul[1298] et est donc le même dans ces deux renvois[1299], la Bulgarie excipe de la sécurité juridique pour justifier l'impossibilité de revenir sur une décision administrative ayant acquis un caractère définitif. Là encore, la Cour écrit que cette modalité procédurale « *contribue à la sécurité juridique* »[1300]. Sans revêtir le caractère strict d'un test d'aptitude, ces éléments n'en constituent pas moins une expression balbutiante.

2. Un critère d'entrave minimale de la procédure interne

446. Il est établi désormais qu'il est nécessaire de « *trouver un équilibre* » entre l'objectif constitué par la justification corrective et « *la légalité au regard du droit de l'Union* »[1301]. Cette exigence a permis à la Cour d'approfondir son raisonnement et de faire apparaître, à quelques occasions seulement, un critère souvent appelé contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Il est, lui aussi, abordé timidement par la Cour de justice. Le souci principal du juge dans ce cadre est de veiller à ce que la mesure n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif induit par le correctif. Sans trop s'avancer, les Hauts juges ont ainsi écrit que « *cet impératif de sécurité juridique s'impose avec une rigueur particulière en présence d'une réglementation*

[1296] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 56.
[1297] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 77. Et la Cour ajoutait : « … *avec la conséquence que le droit de l'Union n'exige pas qu'un organe administratif soit, en principe, obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un tel caractère définitif* ».
[1298] Article 64 b de la loi relative au pouvoir judiciaire, *Journal Officiel de la République de Bulgarie* n. 59 du 22 juillet 1994.
[1299] D'un point de vue organique, et non personnel.
[1300] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 76.
[1301] *Ibid.*, pt. 77.

susceptible de comporter des conséquences financières »[1302]. L'attention accordée aux conséquences potentielles de l'application du principe de sécurité juridique témoigne de la volonté de circonscrire les effets de la modalité procédurale nationale au strict nécessaire, à une entrave minimale.

447. Cette attitude transparaît de toute la jurisprudence relative au budget de l'Union et traitant du remboursement par les opérateurs économiques de prestations financières indument versées. Il est établi en effet que « *lorsque le principe de sécurité juridique s'oppose à ce que le bénéficiaire d'un concours financier communautaire soit tenu de rembourser celui-ci, l'intérêt de la Communauté à la récupération de ce concours doit néanmoins être pris en considération* »[1303]. Dans le domaine spécifique de la politique agricole commune, la Cour de justice en vient même à borner l'action du correctif tenant à la sécurité juridique, en n'admettant que la sécurité juridique ne puisse jouer contre le remboursement qu'à cinq conditions méticuleusement détaillées par la Cour de justice[1304]. Ces cinq conditions ont pour objet de s'assurer que le bénéficiaire de l'aide communautaire était de bonne foi quant à la régularité de celle-ci[1305]. Ainsi circonvenues, les possibilités de s'opposer au remboursement d'une prestation financière de l'Union ne vont pas au-delà de ce que la sécurité juridique requiert dans le cadre de l'effectivité du droit de l'Union.

448. Plus proche d'un contrôle de la nécessité de la mesure, l'arrêt *Olimpiclub* offre un exemple plus pertinent. Dans cette affaire, pour rappel, il s'agissait de l'autorité de la chose jugée dont était revêtue une décision juridictionnelle, et qui empêchait potentiellement chaque année le respect des règles du droit de l'Union en matière de paiement de la TVA. Afin de déterminer si la modalité procédurale italienne était conforme ou non au critère d'effectivité, la Cour de justice a analysé dans le détail les effets de la modalité. Elle a notamment relevé que cette modalité « *non seulement empêche de remettre en cause une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose jugée*, *[…] mais empêche également de remettre en cause, à l'occasion d'un contrôle juridictionnel relatif à une autre décision de l'autorité fiscale compétente concernant le même contribuable ou assujetti, mais un autre exercice fiscal, toute*

[1302] Voir, sous des formulations variables, les arrêts *Martin Huber*, *op. cit.*, pt. 57, *ROM-projecten*, *op. cit.*, pt. 26, et *Vereniging*, *op. cit.*, pt. 52.
[1303] *ROM-projecten*, *op. cit.*, pt. 32.
[1304] Voir pour le détail de ces cinq conditions, l'arrêt *Martin Huber*, *op. cit.*, pt. 58. Il s'agit notamment de s'assurer que la législation interne prévoyait effectivement le versement de l'aide, que cette disposition était intégrée au contrat d'aide, que le destinataire a eu expressément connaissance de la disposition nationale, etc.
[1305] *Oelmühle*, *op. cit.*, pt. 29, et *Martin Huber*, *op. cit.*, pt. 58.

constatation portant sur un point fondamental commun contenue dans une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose jugée »[1306]. Par conséquent, cette modalité impliquait qu'une mauvaise interprétation du droit communautaire par le juge se répète à chaque exercice fiscal, sans qu'il soit possible d'y remédier[1307]. La Cour en conclut que les obstacles à la bonne application du droit de l'Union, à son effectivité, étaient démesurés et entravaient de façon disproportionnée l'exercice des droits que les justiciables tirent du droit communautaire. De façon explicite, elle a estimé que « *des obstacles d'une telle envergure à l'application effective des règles communautaires en matière de TVA ne peuvent pas être raisonnablement justifiés par le principe de sécurité juridique* »[1308]. Le test de l'entrave minimale a ici révélé que la modalité procédurale italienne en cause allait au-delà de ce que le principe de sécurité juridique nécessitait, et au-delà de ce que le critère d'effectivité pouvait accepter comme correctif de son contenu. Pour la Cour, il était évident que l'exigence de sécurité juridique se satisferait tout à fait d'une possibilité de revenir sur une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée.

449. La Cour de justice se reconnaît ainsi le pouvoir de déterminer ce qui, du point de vue de la justification corrective, suffirait à atteindre son objectif sans toutefois l'excéder. Elle estime ainsi que dans le cadre de l'invocation de l'interdiction de l'enrichissement sans cause, « *la répercussion directe de la taxe indue sur l'acheteur constitue la seule exception au droit au remboursement des taxes perçues en violation du droit de l'Union* »[1309]. On se souvient que ces justifications sont d'interprétation stricte selon la Cour[1310], l'exemple en est ici donné. La seule prise en compte de la répercussion directe de la taxe indue sur l'acheteur est en mesure d'entraver le moins possible l'effectivité du droit de l'Union, tout en atteignant l'objectif légitime qu'est l'interdiction de l'enrichissement sans cause. De même, un nouveau délai de forclusion établi par la loi, même s'il répond à l'exigence de sécurité juridique, doit nécessairement accorder aux justiciables un délai raisonnable pour faire valoir leurs droits, notamment un régime transitoire[1311]. *A contrario* donc, la sécurité juridique n'exige pas que la modification d'un délai de forclusion soit dispensée d'un régime transitoire incluant un délai raisonnable. C'est tout le sens de ce que la Cour de justice rappelle constamment lorsque « *le caractère illicite, au regard du droit de l'Union, de telles interdictions, ne peut pas être*

[1306] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 29.
[1307] *Ibid.*, pt. 30.
[1308] *Ibid.*, pt. 31.
[1309] *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 20.
[1310] *Ibid.*, pt. 20.
[1311] *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pt. 58.

raisonnablement justifié par le principe de sécurité juridique »[1312]. Nous sommes alors au-delà du convenable, tout comme on pouvait exprimer face à Jeanne, l'infortuné personnage de Maupassant aux allures bovariennes, qu'elle avait changé « plus que raison »[1313]. Les éléments exogènes qui justifient un changement dans la substance ne peuvent franchir la limite du raisonnable.

450. Néanmoins, il faut souligner que les modalités procédurales nationales qui réglementent les délais au terme desquels un droit au recours est forclos font l'objet d'une contrôle de proportionnalité *stricto sensu* au regard de l'objectif de sécurité juridique, mais qui en fin de compte revient surtout à faire une application du critère d'effectivité. Dans ces affaires en effet, la Cour de justice s'applique avant tout à déterminer si le délai en cause rend pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union[1314]. Ce raisonnement revient à dire si l'effectivité est trop atteinte, au lieu de rechercher si la sécurité juridique est trop bien préservée. Entre les deux méthodes, il n'y a qu'une différence d'angle d'attaque, revenant dans les deux cas à tirer ou pousser *ad libitum* le curseur de la légalité[1315]. Il serait préférable, justement dans un souci de sécurité juridique, de ne partir que du point de vue de la proportionnalité de la modalité au regard de la justification corrective.

451. En dehors du contentieux susceptible de mettre en danger le budget de l'Union, il y a dans le domaine de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins de l'article 157 TFUE une volonté, peut-être moins évidente mais bien présente, de s'assurer qu'une modalité nationale discriminante ne va pas au-delà du nécessaire pour assurer, là encore, une sécurité juridique. Dans une affaire sur renvoi du juge britannique et impliquant deux infirmières du secteur public d'Irlande du Nord, le gouvernement soutenait que la

---

[1312] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 81 (nous soulignons).
[1313] Guy de Maupassant, *Une vie*, Victor Havard éditeur (éd. originale), 1883, p. 223.
[1314] Cette méthode apparaît par exemple dans l'arrêt *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 29. La Cour y explique que « *un délai d'un an, commençant à courir à compter de l'entrée en vigueur de l'acte de transposition de la directive dans l'ordre juridique interne, lequel non seulement met les bénéficiaires en mesure de connaître la plénitude de leurs droits, mais précise également les conditions d'indemnisation du dommage subi du fait de la transposition tardive, ne saurait être considéré comme rendant particulièrement difficile, ni, à plus forte raison, comme rendant en pratique impossible l'introduction de la demande de réparation* ».
[1315] Dans ces cas, l'arrêt *Grundig Italiana SpA*, *op. cit.*, pt. 40, est particulièrement intéressant car la Cour de justice y fixe elle-même le délai qu'elle considère comme étant raisonnable. La Cour y écrit que « *la période minimale de transition nécessaire pour que le caractère effectif de l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire soit assuré, en permettant aux contribuables normalement diligents de prendre connaissance du nouveau régime et de préparer et d'engager leur action dans des conditions qui ne compromettent pas leurs chances de succès peut être raisonnablement évaluée à six mois* ».Voir sur les conséquences de l'application du principe d'effectivité dans cette affaire, ci-dessous Titre II, Chapitre I, Section 1, II-B-2.

limitation des effets rétroactifs d'une demande de régularisation de prestations sociales, avait pour objectif de contribuer à la sécurité juridique « *en encourageant les demandeurs à faire preuve de diligence* »[1316]. L'argument pouvait paraître éventuellement recevable, quoique manquant de bonne foi, mais c'était sans compter que les deux infirmières concernées par le litige au principal « *ont introduit leurs recours avant de quitter leur emploi et d'être admises à bénéficier du régime professionnel de pensions de vieillesse en cause* ». Elles ne pouvaient donc pas, pour la Cour, être accusée d'avoir manqué de « *diligence* »[1317]. Cette réflexion du juge signifie en fait qu'il estimait que limiter à deux ans seulement les effets dans le passé d'une demande de régularisation ne pouvait pas être raisonnablement justifiée par un souci de sécurité juridique. L'effectivité du droit communautaire et, de plus ici, l'effet direct de ce qui était alors l'article 119 CEE, s'opposaient donc à une limitation aussi draconienne[1318].

452. Le constat du manque de rigueur de la Cour dans le contrôle de proportionnalité est tout aussi lacunaire lorsque c'est le principe de protection juridictionnelle effective qui est en jeu. En effet, à partir du moment où ce principe prend le pas sur le critère d'effectivité – soit qu'il le corrige, soit qu'il le remplace – le contrôle de proportionnalité ne donne qu'à quelques rares occasion un contrôle rigoureux de l'entrave minimale. Dans un arrêt *DEB* et une ordonnance *GREP*, étaient en cause les droits de la défense, composante du droit à une protection juridictionnelle effective telle que prévue par l'article 47 de la Charte[1319]. En fait, ce droit fondamental n'est pas une justification de l'État membre mais une obligation imposée par la Cour de justice. Les juges se livrent alors à un contrôle de l'entrave minimale de la mesure étatique, qui concernait dans ces deux affaires comparables le droit à l'aide juridictionnelle. Après avoir considéré que les droits fondamentaux « *doivent répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et ne pas constituer, au regard du but poursuivi, une atteinte manifeste et démesurée aux droits ainsi garantis* »[1320], le juge devant rechercher l'existence d'un « rapport raisonnable de proportionnalité » entre les moyens et les objectifs[1321]. S'ensuivent alors, dans ces deux affaires, une série d'indications qui permettront

[1316] CJCE, 11 décembre 1997, aff. C-246/96, *Magorrian et Cunningham*, Rec. p. I-7153, pt. 46. Dans cette affaire, les deux infirmières, qui avaient travaillé pendant plusieurs années à temps partiel, voulaient bénéficier du régime de retraite complet duquel les travailleurs à temps partiels étaient partiellement exclus, alors que les femmes sont proportionnellement plus représentées dans les travails à temps partiel. Le juge de renvoi estimait donc qu'il y avait là une discrimination indirecte fondée sur le sexe.
[1317] *Ibid.*, pt. 46.
[1318] *Ibid.*, pt. 45.
[1319] *GREP*, *op. cit.*
[1320] *Ibid.*, pt. 39.
[1321] *DEB*, *op. cit.*, pt. 60 ; *GREP*, *op. cit.*, pt. 40.

au juge de renvoi de déterminer le caractère raisonnable de l'atteinte au droit de l'Union invoqué. En présence de l'application seule de la protection juridictionnelle effective, donc, le critère de l'entrave minimale est plus assumé[1322], mais ne fait toujours pas l'objet d'un contrôle systématique[1323].

[1322] Voir aussi, en matière d'aide juridictionnelle, l'arrêt *Edwards*, *op. cit.*, pts 38-46.
[1323] Voir par exemple les arrêts *Unibet*, *op. cit.*, pts 60-73, *Virginie Pontin*, *op. cit.*, pts 43-68, et *Sánchez Morcillo et Abril García*, *op. cit.*, pts 35-47.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

453. Les justifications sont intervenues comme contrepartie à ce qui était ressenti dans les États membres comme une intrusion de la Cour de justice dans les règles du procès. Dès les années 90, la Cour de justice s'immisce de plus en plus profondément dans les entrelacs du droit processuel interne[1324] et, de la même manière que les exigences impératives d'intérêt général dans les libertés de circulation étaient une concession faite aux États membres pour permettre à la Cour de saisir les mesures indistinctement applicables[1325], les justifications en matière procédurale permettent à la Cour de s'autoriser à prendre ses marques en un terrain nouveau, en développant notamment une jurisprudence plus sociale[1326]. Élément indispensable de la mise en œuvre d'une subsidiarité juridictionnelle, la justification procédurale n'est pourtant pas pleinement identifiable, dans son raisonnement, à la justification substantielle dans les libertés de circulation. Elle est plutôt appliquée comme une *justification corrective*, le correctif étant l'excuse invoquée par l'État membre et que la Cour va intégrer aux exigences découlant du critère d'effectivité. Par conséquent, c'est la substance même de l'effectivité du droit de l'Union qui est modifiée, *corrigée*, par la justification étatique.

454. Comme pour les libertés de circulation, l'apparition de justifications jurisprudentielles devrait se faire en contrepartie d'un activisme plus poussé de la Cour de justice. Pour cela, elle devra pleinement assumer la possibilité de telles justifications, dont le raisonnement devra respecter les canons du droit, à savoir procéder à un contrôle de proportionnalité systématique et rigoureux, ce qu'elle ne fait toujours pas, gênée comme peut l'être la Cour européenne des droits de l'homme dans les cas de collision indirecte[1327]. Seule cette contrepartie explicite offerte à l'État membre autorisera la Cour de justice à relancer les exigences d'application uniforme du droit de l'Union. Nous serions tentés de dire également, que la Cour de justice a le devoir de relancer les exigences d'application uniforme du droit de l'Union. L'un ne peut aller sans l'autre. Si cela devait être le cas, la Cour pourrait être accusée de porter atteinte à la subsidiarité juridictionnelle, soit en mettant à mal la compétence procédurale des États

---

[1324] Avec l'avènement notamment des arrêts *Peterbroeck*, *op. cit.*, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*

[1325] B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, pt. 6.

[1326] D. TAMM, « The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, p. 30.

[1327] F. SUDRE *et al*. (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 6e éd., 2011, p. 29. Le professeur F. Sudre considère en effet que « le contrôle des obligations positives manque […] de rigueur », la Cour de Strasbourg appliquant de manière aléatoire les étapes du contrôle de proportionnalité.

membres, soit dans le cas contraire en laissant le champ libre aux États membres en violation du principe de primauté du droit de l'Union. Il semble néanmoins que des contreparties aux justifications puissent être dégagées dans la jurisprudence de la Cour. Elles ne sont pas spécifiques à la subsidiarité juridictionnelle, mais s'y appliquent tout de même, et résident à la fois dans la disparition de la condition d'effet direct d'une disposition pour qu'elle soit invocable devant le juge national, et dans le caractère directif de certaines réponses de la Cour au juge de renvoi d'une question préjudicielle. La répartition de l'exercice de la compétence procédurale apparaît alors également dans la diversification des invocabilités.

CHAPITRE II – LA DIVERSIFICATION DES INVOCABILITÉS

455. Le phénomène de la disparition de la condition d'effet direct d'une disposition pour produire des effets de droits dans le chef d'un justiciable a déjà été observé à l'échelle de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[1328], laissant la voie ouverte à une diversification des invocabilités. En ce qui concerne plus particulièrement la compétence procédurale des États membres, cet abandon progressif s'observe à partir de l'arrêt *San Giorgio* en 1983[1329], et cette condition semble définitivement abandonnée en 2007 avec l'arrêt *Unibet*[1330]. Une exception demeure toutefois, c'est celle de l'invocation du droit international dans le champ d'application du droit de l'Union[1331]. Ce mouvement n'est pas sans conséquence, car il permet d'invoquer des dispositions matérielles du droit de l'Union qui ne répondent pas aux critères de l'effet direct, élargissant ainsi d'autant les cas de conflits indirects et donc d'encadrement de la compétence procédurale. L'accélération de l'augmentation des cas dès les années 90 n'est certainement pas étrangère à cette évolution. Si l'effet direct combiné avec la primauté est une preuve de l'intégration originelle de la subsidiarité dans le droit de l'Union[1332], alors la métamorphose de cet effet direct est une preuve de la mue de la subsidiarité juridictionnelle. L'invocabilité directe offerte à l'égard des modalités procédurales internes montre son rôle fondateur dans la jurisprudence de la Cour relative à la compétence procédurale (**Section 1**).

456. Afin de pallier cet abandon, il est désormais bien établi que la Cour de justice a modulé des catégories d'invocabilités dont les régimes sont par conséquent différents. De l'interprétation conforme à l'invocabilité « de substitution », pour reprendre l'expression du professeur D. Simon[1333], la compétence procédurale n'est pas épargnée par la segmentation des effets que le justiciable peut tirer du droit de l'Union. Ce qui est plus original en revanche, c'est

---

[1328] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 437-447.
[1329] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 12.
[1330] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 39, où la Cour ne fait plus référence aux droits que les justiciables tirent « de l'effet direct » du droit communautaire, mais simplement ici du « droit communautaire ».
[1331] *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, *op. cit.*, pt. 44.
[1332] J. WEILER, « Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual », *in 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos*, Luxembourg, OPUE, 2013, p. 13, « Subsidiarity [...] is built into the system given the fundamental role which individuals come to play as a result of Direct Effect combined with the Preliminary Reference. The demand for legal rights and their enforcement is a bottom up phenomenon, emanating from and close to, the most immediate stake holders ».
[1333] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 437-447. Voir, pour une analyse récente et critique, la contribution de L. COUTRON, « Retour fataliste au fondement de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme », *RTDE*, 2009, p. 35.

de trouver, en aval de ces invocabilités, une technique prétorienne largement utilisée par les cours constitutionnelles, et qui consiste à émettre diverses sortes de réserves dans l'interprétation de son droit. Ces réserves sont le symbole d'une véritable « diplomatie de cours » entre la Cour de justice de l'Union européenne et les juges des États membres. Ces techniques de modulation de l'invocabilité et des effets du droit de l'Union dans sa mise en œuvre procédurale montrent que l'invocabilité directe est bien dépassée (**Section 2**).

Section 1 – L'invocabilité directe fondatrice

457. La capacité qu'a un juge de recevoir l'invocation directe d'une disposition par un justiciable, avec pour conséquence la substitution de cette norme est un phénomène étroitement lié à la question de la séparation des pouvoirs. Cette invocabilité permet en effet à un juge d'écarter une disposition issue du pouvoir exécutif ou législatif[1334], et dans le cadre d'un contentieux objectif il peut produire des effets *erga omnes* permettant au juge de s'immiscer avec des conséquences plus définitives dans la production normative[1335]. On peut donc comprendre que, s'agissant du droit communautaire, le juge national ait eu quelques réticences à recevoir sans coup férir l'effet direct de ce droit. Le passage à une *invocabilité* plutôt qu'un *effet* direct a alors permis à la Cour de justice de mieux faire accepter sa jurisprudence en la matière.

458. Dans cette veine, les effets dits *directs* du droit de l'Union sont plus multiples que la seule application immédiate d'une disposition issue des institutions supranationales à une situation interne à un État membre, ce qui correspond à un effet direct primaire (I). La Cour de justice encourage également la substitution d'une disposition substantielle de l'Union à une norme procédurale interne, par un effet de procéduralisation, qui correspond, lui, à un effet direct secondaire (II).

I – L'effet direct primaire

459. Lorsqu'une disposition n'est subordonnée à l'intervention d'aucune autre norme pour recevoir application dans un État membre et qu'elle n'est pas équivoque, autrement dit, lorsqu'elle est *inconditionnelle* et *suffisamment précise*, elle s'applique directement à la situation juridique en cause devant le juge national. Il revient alors à ce dernier de substituer à la norme interne normalement applicable la disposition de l'Union qui répond aux critères de l'effet direct (B). Néanmoins, un glissement terminologique opéré par la Cour de justice a opéré une transformation de l'effet direct en invocabilité directe (A). On parle alors désormais d'invocabilité de substitution, dont l'effet direct n'est plus qu'une condition essentielle.

[1334] S. PRECHAL, « Direct effet reconsidered, redefined and rejected », *in* J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 22.

[1335] J. ARLETAZ, « Les enseignements issus du contentieux constitutionnel comparé », *Colloque de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier : L'objectivation du contentieux des droits fondamentaux : du juge des droits au juge du Droit ?*, 12 décembre 2014.

A. La transformation de l'effet direct

460. L'effet direct, en tant que tel, n'a connu qu'une courte vie jurisprudentielle, la notion d'invocabilité lui étant rapidement préférée. Le principe originel de l'effet direct (1), quand bien même son contenu demeure pour l'essentiel, s'est effacé dans le passage à l'invocabilité directe (2).

1. Le principe originel de l'effet direct

461. Très tôt la Cour de justice a établi une distinction – une *summa divisio* – entre les normes pourvues d'effet direct et celles qui ne l'étaient pas[1336]. La formulation par la Cour de justice de l'exigence de laisser aux justiciables la possibilité d'invoquer une disposition d'effet direct n'a pas eu cependant, dans les premières années, d'influence notable sur la répartition de la compétence procédurale. Le principe posé dans l'arrêt *Van Gend en Loos* en 1963, selon lequel « *le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il créé des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* »[1337], profitait avant tout aux dispositions substantielles communautaires, de loin les plus nombreuses. Le traité, qui était alors le seul visé, ne contenait en effet aucune disposition spécifiquement procédurale directement invocable par les justiciables devant le juge national. Par la suite, l'arrêt *Van Duyn* du 4 décembre 1974 est venu ouvrir assez largement la possibilité de donner à une disposition contenue dans une directive la qualité attachée à l'effet direct[1338] si « *la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs* » dans le chef des particuliers[1339]. Les « termes très généraux qui ont suscité la polémique »[1340] ont finalement été largement restreints

---

[1336] L'expression latine est de L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, Paris, LGDJ, 1970, qui établit également la distinction.

[1337] *Van Gend en Loos*, *op. cit.*, spéc. p. 23 ; voir, d'une manière générale L.-J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2006, 145 p ; J.-C. GAUTRON, « Le droit directement applicable dans la jurisprudence de la CJCE », *AFDI*, 1975, p. 905 ; R. KOVAR, « L'applicabilité directe du droit communautaire », *JDI*, 1973, p. 279 ; J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, 320 p ; et J. A. WINTER, « Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law », *CMLR*, 1972, pp. 425-438.

[1338] CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *van Duyn*, Rec. p. 1338, pt. 12. La Cour de justice y exprime l'idée selon laquelle l'article 189 CEE n'exclut pas « *que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne [puissent] jamais produire d'effets analogues* » à ceux du règlement, et qu'ainsi « *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* ».

[1339] *Ibid.*, pt. 12.

[1340] Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *RFDA*, 1988, n° 1, p. 10.

par l'arrêt *Ratti* rendu le 5 avril 1979[1341]. Dès lors, seule une disposition « *inconditionnelle et suffisamment précise* »[1342] pouvait prétendre à recevoir l'onction de l'effet direct, et ainsi connaître un renouveau devant les prétoires nationaux, au grand dam des États membres. L'inconditionnalité doit être entendue comme une « *obligation qui n'est 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* »[1343]. La précision, elle, signifie que la disposition « *énonce une obligation dans des termes non équivoques* »[1344]. Annoncé dès les années 70 pour les décisions à portée individuelle des institutions des Communautés[1345], l'extension du bénéfice de l'effet direct aux directives était inéluctable, malgré les vives résistances des débuts[1346].

462. L'effet inéluctable de cette jurisprudence, de *Van Gend en Loos* à *Ratti*, du Traité à la directive, fut de « détrôner les gouvernements des États membres en tant que maîtres de la mise en œuvre du droit de l'intégration »[1347]. Dès 1963 – en réalité, en 1969 encore, seuls deux États membres acceptaient l'effet direct[1348] – tout justiciable pouvait contraindre son État à respecter

---

[1341] CJCE, 5 avril 1979, aff. 148/78, *Ratti*, Rec. p. 1631.

[1342] *Ibid.*, pt. 23. Voir P. MANNIN, « De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales », *AJDA*, 1994, n° 5, p. 259-260.

[1343] Voir pour cette formulation l'arrêt CJCE, 23 février 1994, aff. C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava*, Rec. p. I-483, pt. 9 ; et, pour une référence plus ancienne, quoique différente, l'arrêt *Molkerei-Zentrale*, *op. cit.*, p. 228.

[1344] *Marshall I*, *op. cit.*, pt. 52 ; et, plus tard, l'arrêt *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava*, *op. cit.*, pt. 10.

[1345] CJCE, 6 octobre 1970, aff. 9/70, *Franz Grad*, Rec. p. 826, pt. 5. La Cour écrit en effet, contre l'opinion du gouvernement allemand qui souhaitait lier les effets des décisions à ceux de la directive, que « *si les effets d'une décision peuvent ne pas être identiques à ceux d'une disposition réglementaire, cette différence n'exclut pas qu'éventuellement le résultat final, consistant dans le droit, pour les justiciables, de s'en prévaloir en justice, soit le même que celui des dispositions réglementaires directement applicables* ».

[1346] En France, il a fallu, certes, attendre l'arrêt CE, 30 octobre 2009, req. n. 298348, *Mme Perreux* pour que les décisions individuelles puissent être confrontées à l'effet direct des directives, mais cela était déjà possible depuis 1989 pour les actes réglementaires avec l'arrêt CE, 3 février 1989, req. n. 74052, *Compagnie Alitalia*, et pour la Cour de cassation depuis très tôt. Comme le reconnaissait déjà en 1969 P. PESCATORE, « L'application directe des traités européens par les juridictions nationales », *RTD eur.*, 1969, p. 712 : « le juge judiciaire montre une ouverture plus nette au droit communautaire ». Peut être cité l'arrêt Cass. *crim*., 29 juin 1966, pourvoi n. 64-93745, *Deroche*, où il est exigé que les juridictions suprêmes saisissent la Cour de justice d'une question préjudicielle « *sans restriction aucune* ». Le Conseil d'État acceptait cependant depuis longtemps avant 1989 l'invocabilité d'exclusion des directives : Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *op. cit.*, p. 10 : « l'invocabilité d'exclusion n'a jamais été contestée, même par le Conseil d'État français ».

[1347] C. TOMUSCHAT, « Introduction », *in 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos*, Luxembourg, OPUE, 2013, p. 50 (nous traduisons).

[1348] P. PESCATORE, « L'application directe des traités européens par les juridictions nationales », *op. cit.*, p. 722. Il s'agissait des Pays-Bas et du Luxembourg.

le droit communautaire, ouvrant la voie à une sorte de recours objectif comparable au recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative française, recours qui était ainsi exercé dans l'intérêt de la Communauté, portant incidemment un « coup fatal à [la] souveraineté normative » des États membres[1349].

463. Or, si la plupart des commentateurs s'accordaient à dire que l'effet direct ne pouvait être que vertical, c'est-à-dire que le justiciable ne pouvait l'invoquer qu'à l'encontre de l'État, la jurisprudence de la Cour de justice est bien moins catégorique, adoptant une conception large de ce qu'est l'État. Elle suit en cela, volontairement ou non, la position du Conseil d'État français qui se considère compétent alors même qu'une décision a été prise par une personne privée distincte de l'État[1350]. Que pouvait alors dire la Cour de justice en présence d'un particulier demandant à une personne privée agissant pour le compte de l'État de respecter une disposition d'effet direct ? Même si les juges du Plateau de Kirchberg refusent tout effet direct horizontal[1351], c'est-à-dire entre particuliers, la limite de ce refus ne peut avoir pour effet de permettre à l'État de se dédouaner sur une personne privée agissant en son nom. Ainsi naquît l'effet direct *oblique*[1352], qui avait pu être vu comme les prémices de l'abandon de l'exclusion de l'effet direct horizontal[1353].

[1349] M. GAUTIER, « L'effet direct et l'invocabilité des normes européennes », *Politeia*, 2014, n° 25, p. 177.

[1350] La jurisprudence du Conseil d'État sur ce point est sans appel, et utilise la qualification de service public pour se rendre compétent pour recevoir un recours en annulation contre un acte émanant de la personne gérant ce service public. Or, non seulement l'autorité publique peut confier à une personne publique la gestion d'un service public (CE, 1938, Caisse Primaire Aide et Protection), mais en plus une personne privée peut elle-même être à l'initiative d'un service public (CE, 2007, Ville d'Aix-en-Provence).

[1351] *Marshall I*, *op. cit.*, pt. 48. Il y est affirmé 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* ».

[1352] Selon l'expression originale de D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 3ème éd., para. 318. Voir la jurisprudence de la Cour de justice, qui permet au justiciable d'invoquer une disposition d'une directive à l'encontre de l'État en tant qu'employeur ou autorité publique d'un point de vue fonctionnel, et non organique : *Ibid.*, pt. 49 ; CJCE, 12 juillet 1990, aff. C-188/89, *Foster*, Rec. p. I-3313, pt. 17 ; et CJCE, 14 septembre 2000, aff. C-343/98, *Collino et Chiappero*, Rec. p. I-6659, pt. 22. Faisant le point sur la géométrie de l'effet direct des directives dans l'arrêt Foster, la Cour les résume en rappelant que « *la Cour a tour à tour admis que des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises d'une directive pouvaient être invoquées par les justiciables à l'encontre d'organismes ou d'entités qui étaient soumis à l'autorité ou au contrôle de l'État ou qui disposaient de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables dans les relations entre particuliers* » : *Foster*, *op. cit.*, pt. 18.

[1353] P. MANNIN, « De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales », *op. cit.*

2. Le passage à l'invocabilité directe

464. La terminologie relative à l'effet direct ayant pu être vécue comme trop brutale du point de vue des ordres juridiques internes, très tôt, la notion de la seule invocabilité s'est imposée pour désigner ce phénomène lors duquel le droit de l'Union doit être appliqué à l'encontre ou à la place du droit national, prenant dans la doctrine l'appellation plus précise d'*invocabilité de substitution*[1354]. Au même moment, la disparition progressive dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'expression *effet direct* était constatée[1355]. Le reflux de la force contenue dans l'arrêt *Van Gend en Loos*[1356] fut opéré dès l'arrêt *Ratti*, sur la question de l'invocabilité – et non plus de l'effet direct – de certaines dispositions des directives mal ou non transposées[1357]. Dès lors, toute disposition remplissant les critères d'immédiateté pouvait être « *invoquée* »[1358], ce dernier terme étant seul rescapé de la jurisprudence *van Duyn* relative à l'effet direct des directives. Dans cet arrêt, pour mémoire, la directive pouvait produire des « *effets analogues* » à l'effet direct des règlements[1359]. Désormais, donc, il convient de parler d'*invocabilité* directe.

465. Il semble alors que depuis l'arrêt *San Giorgio* du 9 novembre 1983, la Cour ait supprimé de sa formule habituelle « *la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire* »[1360], la référence à l'effet direct, pour ne plus écrire que « *les droits conférés aux justiciables par les dispositions du droit communautaire* »[1361]. La disposition dont il est fait référence était certes l'article 30 TFUE (ex article 25 CE) relatif à l'interdiction des taxes d'effet équivalent à un droit de douane, reconnu d'effet direct par la Cour[1362], mais l'absence de l'exigence d'effet direct ne laisse cependant pas d'interroger. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Barra*, la Cour opte à nouveau pour cette formulation, quand bien même la norme en cause était, là encore, d'effet direct[1363].

[1354] Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *op. cit.*, p. 2.
[1355] *Ibid.*, p. 13.
[1356] *Van Gend en Loos*, *op. cit.*, spéc. p. 24. Il y est écrit que « *cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables* ».
[1357] *Ratti*, *op. cit.*
[1358] *Ibid.*, pt. 20.
[1359] *van Duyn*, *op. cit.*, pt. 12.
[1360] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5.
[1361] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 12.
[1362] *Van Gend en Loos*, *op. cit.*
[1363] *Barra*, *op. cit.* Il s'agissait en l'espèce de l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité, prohibée alors par l'article 7 CEE, devenu l'article 18 TFUE.

B. La substitution de norme

466. Depuis donc que des dispositions suffisamment précises et inconditionnelles peuvent être invoquées au cours d'un procès par un justiciable, certaines d'entre elles ont fait l'objet d'une exploitation classique, une invocation directe de la norme supranationale à l'encontre d'une norme interne contraire. La norme d'effet direct se substitue alors à la norme nationale, elle est appliquée à sa place.

467. L'affaire *VEBIC* du 7 décembre 2010 donne un premier aperçu de ce que l'invocabilité de substitution pourrait produire. Il s'agit de la possibilité donnée à l'autorité nationale de concurrence belge de participer à la procédure juridictionnelle engagée contre ses propres décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles. Le règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 TFUE prévoit en son article 2 que « dans toutes les procédures nationales ou communications d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue ». Cette disposition ne prévoyant que la question de la charge de la preuve, qui incombe dans le cas d'espèce au Conseil de la concurrence belge, il n'est pas possible, selon la Cour de justice, d'en déduire un droit procédural du Conseil de la concurrence à pouvoir être représenté devant le juge d'appel et à bénéficier des mêmes droits qu'une partie à cette procédure[1364]. On perçoit alors que si le règlement avait traité de la participation de l'autorité nationale de concurrence, une substitution aurait pu avoir lieu en cas de contrariété de la modalité procédurale nationale.

468. De façon plus explicite, la directive « retour » est l'occasion de mettre régulièrement en œuvre cette invocabilité de substitution, sans d'ailleurs passer par les critères d'effectivité et d'équivalence, ou d'autres régulateurs de la compétence procédurale comme la protection juridictionnelle effective. Dans l'affaire *Kadzoev* en date du 30 novembre 2009, la grande chambre de la Cour de justice a été appelée à interpréter ladite directive, et notamment ses dispositions procédurales relatives à la rétention d'un ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière[1365]. Parmi les différentes questions posées par le juge bulgare, l'une d'elles concernait les pouvoirs du juge national dans le calcul de la durée de rétention[1366]. La Cour de

---

[1364] *VEBIC*, *op. cit.*, pt. 54 : « En effet, d'une part, l'article 2 du règlement énonce que la preuve d'une violation des articles 101 TFUE et 102 TFUE incombe «à l'autorité qui l'allègue» sans que cette disposition n'accorde un quelconque droit procédural à une telle autorité. »

[1365] CJUE, 30 novembre 2009, aff. C-357/09 PPU, *Kadzoev*, Rec. p. I-11189.

[1366] « *la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115 doit être interprété en ce sens que la période pendant laquelle l'exécution de l'arrêté de*

justice interprète alors simplement l'article 15 de la directive, qui prévoit les modalités de calcul du délai de rétention, dans un sens qui a permis de donner une réponse claire et précise au juge de renvoi[1367]. La dernière question, qui revenait à demander à la Cour de justice si le juge national avait l'obligation de libérer le ressortissant du pays tiers de sa rétention du fait du dépassement du délai prévu par la directive, a reçu une réponse positive, en application simple du mécanisme d'invocabilité de substitution[1368]. Ces cas de figure ne posent généralement pas de problème d'interprétation particulier. Dans sa prise de position dans cette affaire *Kadzoev*, l'avocat général Mazàk ne songe à aucun moment à faire appel aux critères d'équivalence et d'effectivité, qui sont si souvent présents en matière de compétence procédurale. Bien au contraire, pour le respect de la directive, il préconise plutôt l'application du principe de proportionnalité pour apprécier la légalité de la durée de la rétention[1369].

469. Dernier exemple probant, la directive « recours » en matière de marchés publics prévoit dans ses dispositions des modalités procédurales précises et nombreuses. Dans l'arrêt *Fastweb* rendu par la Cour de justice le 11 septembre 2014, le juge national italien posait la question de la compatibilité de son droit avec l'article 2 quinquies de la directive, qui prévoit l'absence d'effet du contrat de marché public lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas publié l'avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*[1370]. Or, cet article, notamment dans son paragraphe 4, prévoyant les conditions de l'exception à cette règle d'absence d'effet du marché[1371], la Cour de justice en conclut que le juge national ne peut pas déclarer le marché comme étant dépourvu d'effet dès lors que les conditions de l'exception prévues par la directive

---

reconduite forcée à la frontière a été suspendue en raison d'une procédure de recours juridictionnel introduite par l'intéressé contre cet arrêté est prise en compte pour le calcul de la période de rétention aux fins d'éloignement lorsque, pendant la durée de cette procédure, l'intéressé a continué à séjourner dans un centre de placement provisoire » : *Ibid.*, pt. 49.

[1367] « *la période pendant laquelle l'exécution de l'arrêté de reconduite forcée à la frontière a été suspendue en raison d'une procédure de recours juridictionnel introduite par l'intéressé contre cet arrêté est prise en compte pour le calcul de la période de rétention aux fins d'éloignement lorsque, pendant la durée de cette procédure, l'intéressé a continué à séjourner dans un centre de placement provisoire* » : *Ibid.*, pt. 57. L'article 15, paragraphe 5 dispose en effet que « La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois ». Le paragraphe 6 dudit article dispose, lui, que « Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison : a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires ».

[1368] *Ibid.*, pt. 71.

[1369] Prise de position rendue le 10 novembre 2009 dans l'affaire *Kadzoev*, *Ibid.*, pt. 51.

[1370] CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-19/13, *Fastweb*, n. e. p.

[1371] *Ibid.*, pt. 39.

sont réunies[1372]. Le conflit entre une norme procédurale de l'Union et une norme procédurale nationale se règle alors par le simple effet direct.

470. Ainsi, dès lors que le législateur de l'Union s'est décidé à exercer sa compétence procédurale, il a été rendu tout à fait possible aux justiciables d'invoquer directement des dispositions procédurales, en faisant jouer l'invocabilité de substitution. En l'absence d'une harmonisation systématique des modalités procédurales qui accompagnent la mise en œuvre d'une législation substantielle communautaire, la Cour de justice a dû innover et reconnaître un effet direct secondaire à ces dispositions non procédurales.

II. L'effet direct secondaire

471. Au-delà de l'effet direct primaire, qui règle les conflits entre deux normes procédurales, l'une de l'Union, l'autre de l'État membre, la Cour a admis la possibilité d'un effet direct secondaire en l'absence d'harmonisation procédurale. Cette situation s'apparente à ce que la doctrine allemande appelle un conflit indirect entre une norme substantielle de l'Union et une norme procédurale nationale (A). Nous lui préférons la notion d'effet direct secondaire, car dans ces cas, comme pour l'effet direct primaire, il y a substitution de norme (B).

A. Les situations de conflits indirects

472. La situation de conflit indirect apparaît dès lors qu'est en cause une modalité procédurale par rapport à une disposition substantielle. C'est ainsi une situation de conflit indirect, que la doctrine allemande nomme *collision* indirecte[1373]. Ce cas de figure s'oppose à celui qui prévaut en présence d'une norme substantielle issue du droit de l'Union, et d'une autre norme substantielle issue de l'ordre juridique interne. Dans ce cas-là, l'effet direct du droit de l'Union permet de procéder à une substitution de norme dans l'hypothèse d'une disposition interne contraire. Pour autant, ces conflits directs n'épuisent pas le rôle joué par l'effet direct du droit de l'Union en droit interne. Bien au contraire, la Cour de justice reconnaît depuis les années 70 la possibilité que les justiciables tirent de l'effet direct d'une disposition communautaire une conséquence sur une modalité procédurale interne. Cet effet direct doit être

---

[1372] *Ibid.*, pt. 54.

[1373] E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, *op. cit.*, p. 44, et les références sous la note 57. L'auteur renvoie alors à une série de contributions en langue allemande, qui nous est malheureusement inaccessible.

distingué de celui jouant dans un conflit direct de normes, car il est ici moins exigeant. Comme il a été vu, en matière de compétence procédurale, la Cour de justice a, avec le critère d'effectivité, ralenti l'effet du droit de l'Union en droit interne, elle a freiné la primauté qui s'impose aux États membres[1374]. Par conséquent les situations de conflit indirect font intervenir un effet direct qu'on pourrait qualifier de *secondaire*, l'inadéquation de la nature des deux normes amène inévitablement à une déperdition dans l'application du droit de l'Union[1375]. De fait, cet effet direct, s'il est bien au fondement de l'action initiée par le justiciable en ce qu'il permet une invocabilité de substitution en cas de conflit de normes, n'aura de conséquence tangible que si la modalité procédurale interne rend excessivement difficile ou en pratique impossible l'exercice par le justiciable de ce droit[1376], ou qu'il porte atteinte à la protection juridictionnelle effective qui lui est due[1377]. Le métissage des droits dans les théories pluralistes n'a de cesse de souligner les difficultés nées des lacunes propres à l'imbrication d'ordres juridiques de plus en plus complexes[1378]. Dans le droit de l'Union, les conséquences procédurales de cet effet direct secondaire sont apparues dès les années 1970.

B. Les conséquences procédurales de l'effet direct

473. Dans la logique des conflits indirects, la Cour de justice n'a pas attendu les premières directives harmonisant des procédures juridictionnelles pour répartir entre elle-même et les juges internes l'exercice de la compétence procédurale. Dès les arrêts du 16 décembre 1976 *Rewe* et *Comet*, en effet, la Cour a utilisé des dispositions communautaires non procédurales, mais substantielles, pour influer sur le contenu des modalités procédurales nationales. Pour ce faire, le justiciable invoque une disposition communautaire de nature substantielle, en arguant que la procédure juridictionnelle interne porte atteinte à ce droit.

[1374] Voir ci-dessus Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 2, II-A

[1375] E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, *op. cit.*, p. 51.

[1376] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 12.

[1377] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 17.

[1378] Voir l'article de I. RADUCU et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique) », *op. cit.*, ou encore M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 113, qui souligne le défi des pluralistes dans l'ordonnancement des normes et des systèmes ; voir aussi, de manière générale, M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (II)*, Paris, Seuil, 2006, 303 p, et F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 587 p.

474. Afin de pouvoir faire valoir un droit tiré de l'ordre juridique communautaire qui permettrait d'infléchir une procédure interne, le particulier devait par conséquent invoquer une norme pourvue de l'effet direct. En l'absence d'un tel effet, il est longtemps demeuré impossible pour le justiciable de pouvoir tirer des conséquences procédurales d'un droit issu du droit communautaire[1379]. La Cour de justice exigeait sans ambiguïté que les justiciables « *tirent de l'effet direct du droit communautaire* » les droits dont ils demandent la sauvegarde[1380]. Dans l'affaire fondatrice *Rewe* du 16 décembre 1976, les dispositions dotées de cet effet direct étaient l'article 30 TFUE (ex-article 13 CEE) relatif à l'interdiction des taxes d'effet équivalent aux droits de douane et l'article 13 de l'ancien règlement 159/66/CEE relatif à l'organisation commune des marchés des fruits et légumes[1381]. Dans l'affaire jumelle *Comet*, l'effet direct de l'article 30 TFUE (ex article 16 CEE, spécifique à l'exportation) et de l'article 10 du règlement 234/68/CEE relatif à l'organisation commune des marchés des plantes[1382]. Il en va ainsi de toutes les premières affaires de conflit indirect[1383]. Les directives, à la suite de l'arrêt *Ratti* en 1979[1384], ne sont pas en reste non plus, puisque dans l'affaire *Marguerite Johnston* du 15 mai 1986 était en cause le respect par les autorités irlandaises de la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail[1385]. Il est intéressant de noter par ailleurs qu'à partir des années 2000, la directive

---

[1379] Voir l'arrêt *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava*, *op. cit.*, dans lequel l'article 4 de la directive « déchets » ne pouvait pas être d'invocabilité directe car il n'était pas suffisamment précis et inconditionnel. Par conséquent, les questions préjudicielles posées par le juge de renvoi, quoique très précises sur les questions procédurales, n'ont pu trouver de réponse.

[1380] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5.

[1381] Règlement n. 159/66/CEE du Conseil, du 25 octobre 1966, portant dispositions complémentaires pour l'organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes.

[1382] Règlement n. 234/68/CEE du Conseil, du 27 février 1968, portant établissement d'une organisation commune des marchés dans le secteur des plantes vivantes et des produits de la floriculture, *JOCE*, L. 55, p. 1.

[1383] Ainsi, pour ne citer que ces quelques exemples, de l'ancien article 95 CEE, dans l'affaire *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.* ; du règlement 1957/69 portant modalités complémentaires d'application concernant l'octroi des restitutions à l'exportation dans le secteur des produits soumis à un régime de prix unique, dans l'affaire *Ferwerda*, *op. cit.* ; de l'ancien article 92 CEE, dans l'affaire *Denkavit Italiana*, *op. cit.* ; des anciens articles 12 et 85 CEE, dans l'affaire *Ariete*, *op. cit.* ; du règlement 3023/77 relatif à certaines mesures destinées à mettre fin à des abus résultant de la vente des produits agricoles à bord des bateaux, dans la célèbre affaire *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH (Croisières du beurre)*, *op. cit.*

[1384] *Ratti*, *op. cit.*

[1385] Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, *JOCE*, L. 39, p. 40, dans l'affaire *Marguerite Johnston*, *op. cit.* ; directive également utilisée dans les affaires *Verholen*, *op. cit.*, et *Marshall II*, *op. cit.* Voir aussi la directive 77/338 dite « TVA », dans les affaires *Jeunehomme*, *op. cit.*, et CJCE, 6 juillet 1995, aff. C-62/93, *Soupergaz*, Rec. p. I-1907 ; ou encore la directive 79/7 relative au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, dans l'affaire *Emmott*,

devient l'acte législatif invoqué en tant que fondement du contrôle dans la majorité des situations[1386].

475. Une fois la disposition pourvue de l'effet direct invoquée, la Cour de justice, à la demande du juge de renvoi, en tirera certaines conséquences procédurales. Par exemple, le traité interdit toute taxe d'effet équivalent à un droit de douane. Lorsqu'une telle taxe a été prélevée par un État membre en violation du droit de l'Union, celui-ci a l'obligation de restituer l'indu à la personne dont les droits tirés du droit de l'Union ont de la sorte été méconnus. Or, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu qu'un État membre peut refuser la répétition de cet indu, dès lors que le remboursement constituerait pour le bénéficiaire un enrichissement sans cause, ce dernier ayant déjà répercuté le prix de la taxe sur ses clients[1387]. Cette solution constitue déjà une conséquence procédurale de l'interdiction des taxes d'effet équivalent à un droit de douane. Quelques années plus tard, la Cour de justice est allée plus loin cependant, et a déduit de cette interdiction que les « *présomptions ou [les] règles de preuve qui visent à rejeter sur le contribuable la charge d'établir que les taxes indument payées n'ont pas été répercutées sur d'autres sujets, ou de limitations particulières en ce qui concerne la forme des preuves à rapporter, comme l'exclusion de tout mode de preuve autre que la preuve documentaire* » ne sont pas conformes au critère d'effectivité du droit communautaire[1388].

476. Ainsi, une disposition d'effet direct identifiée comme telle en droit communautaire suffit à déterminer un comportement procédural au juge interne. L'exercice de la compétence procédurale s'en trouve alors affecté, la Cour de justice étendant les exigences de la primauté aux modalités procédurales qui rendent excessivement difficile ou en pratique impossible l'exercice par les justiciables des droits qu'ils tirent du droit de l'Union. La Cour entrerait alors à ce moment-là dans ce contentieux de la *deuxième génération* identifié par le professeur L.

---

op. cit. ; directive également utilisée dans les affaires *Steenhorst-Neerings*, *op. cit.*, et *Elsie Rita Johnson*, *op. cit.*

[1386] Ainsi, sur les plus de 200 arrêts recensés entre 2000 et 2014, une centaine font appel à une directive.

[1387] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26. La Cour estime en effet que « *la protection des droits garantis en la matière par l'ordre juridique communautaire n'exige pas d'accorder une restitution de taxes indûment perçues dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droits* ».

[1388] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 16.

Azoulai[1389], et qui a vu la Cour de justice soucieuse de ce que les juges internes « disposent bien des moyens de leur compétence de juge communautaire dans l'ordre interne »[1390].

477. La transformation de la notion d'effet direct en droit communautaire a créé un « véritable 'big bang' dans la théorie de l'invocabilité »[1391], car si à l'origine l'effet direct était le seul moyen d'invoquer une norme extra nationale devant son juge, la Cour de justice a élargi cette invocabilité à toutes les normes impératives[1392], un processus qui n'a pas échappé au domaine de la compétence procédurale.

[1389] L. AZOULAI, « Les formes de la sanction juridictionnelle », *in* I. PINGEL et D. ROSENBERG (dirs.), *Sanctions contre les États en droit communautaire*, Paris, Pedone, 2006, p. 25.
[1390] E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTD eur.*, 2007, pp. 428-430.
[1391] M. GAUTIER, « L'effet direct et l'invocabilité des normes européennes », *op. cit.*, p. 172.
[1392] *Ibid.*, p. 176.

Section 2 – L'invocabilité directe dépassée

478. Il a déjà été remarqué que la Cour de justice avait peu d'appétit pour l'effet direct[1393]. De fait, dès lors que, depuis l'arrêt *Ratti* en 1979, l'*effet* se muait en *invocabilité*, il devenait plus évident que la Cour de justice allait faire disparaître de sa jurisprudence l'exigence pour le justiciable de tirer son droit de « *l'effet direct du droit communautaire* ». Ceci fait, d'autres invocabilités ont pu apparaître, donnant raison à ceux qui dénonçaient une « vision abusivement simplifiée d'une réalité autrement plus complexe »[1394], comme l'invocabilité d'exclusion ou l'invocabilité d'interprétation conforme, la troisième – l'invocabilité de réparation – étant elle-même attachée à la jurisprudence relative à la compétence procédurale. Ces invocabilités dites indirectes (I) ne sont cependant pas le seul moyen de dépassement de l'invocabilité directe du droit de l'Union. Par une technique qui tient autant à la subsidiarité juridictionnelle qu'à la diplomatie de cours, les juges de Luxembourg modulent leur solution et leur réponse au juge national en utilisant la méthode bien connue en droit constitutionnel français des réserves d'interprétation, mais montrent aussi une sensibilité à l'intensité normative, tous ces éléments permettant de placer le curseur de l'intervention du juge (II).

I – Les invocabilités indirectes

479. L'effet direct, qu'il soit primaire ou secondaire, n'est pas le seul cas d'invocabilité du droit de l'Union face à une modalité procédurale nationale, la Cour de justice ayant peu à peu fait disparaître cette condition à l'origine essentielle (A). Par conséquent, dans le sillage de sa jurisprudence classique sur les différents types d'invocabilité, la Cour de justice a modulé aussi dans le domaine de la compétence procédurale la justiciabilité[1395] du droit de l'Union devant le juge national (B).

[1393] Entre 1995 et 2000, seuls dix arrêts portent sur cette question, d'après S. PRECHAL, « Direct effet reconsidered, redefined and rejected », *op. cit.*, p. 17.

[1394] R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *op. cit.*, p. 79.

[1395] Sur le lien entre justiciabilité et invocabilité, voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3e éd., 2001, p. 308.

A. La disparition de la condition d'effet direct

480. Dans le contentieux de la compétence procédurale, cette évolution a été nettement ressentie à partir de la jurisprudence *Francovich* du 19 septembre 1991, date à partir de laquelle la Cour de justice a arrêté d'exiger que les particuliers ne puissent tirer les droits procéduraux qu'ils invoquent du seul effet direct du droit communautaire[1396]. Cette exigence était pourtant présente depuis les arrêts *Rewe* et *Comet* en 1976. L'arrêt *Francovich*, relatif à la mise en cause de la responsabilité de l'État membre pour violation du droit communautaire, devait naturellement s'extraire de la condition d'effet direct, car cette jurisprudence était justement vue comme un palliatif à l'absence d'effet direct[1397].

481. En lieu et place d'une disposition d'effet direct, la Cour de justice exige, pour déduire des conséquences procédurales du droit de l'Union, des *droits individuels*, autrement dit, des « *droits conférés aux justiciables* »[1398]. Les droits invocables par les justiciables sont des droits parfois appelés *procéduraux*, en ce qu'ils sont, pour paraphraser le professeur F. Terré à propos des droits subjectifs[1399], des prérogatives que le droit objectif de l'Union européenne consacre et sauvegarde au profit des sujets du droit de l'Union. La comparaison avec la version en anglais de la formulation de la grille d'analyse de la compétence procédurale vient à juste titre confirmer qu'il s'agit bien de droits procéduraux. En effet, à la différence de la langue française, une distinction terminologique est opérée en anglais entre droit procédural (*right*) et droit objectif (*law*)[1400]. Or, la traduction en anglais de l'expression « les droits que les justiciables tirent du droit communautaire », se fait par « *rights* which individuals derive from European

---

[1396] *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.* et ainsi que le rappelle G. BETLEM, « The Doctrine of Consistent Interpretation », *in* J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 101.

[1397] Voir généralement P. MANNIN, « De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales », *op. cit.*, pp. 259-270.

[1398] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 12. La formulation peut faire penser, en 1976 dans les arrêts *Rewe* et *Comet*, à celle utilisée dans l'arrêt CJCE, 30 avril 1974, aff. 155/73, *Sacchi*, Rec. p. 409, pt. 18. La Cour y associait l'effet direct à des droits « *pour le justiciable* », « *que les juridictions nationales doivent sauvegarder* ».

[1399] F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 7ème éd., 2006, p. 161.

[1400] Il faut cependant souligner qu'en droit britannique, la distinction droit subjectif/droit objectif est peu pertinente, car la conception théorique qui est la sienne considère plutôt que les individus bénéficient de moyens procéduraux pour faire valoir un droit. Ce droit serait alors nécessairement subjectif, de sorte que sa distinction par un adjectif est surabondante. Voir sur ce point l'intervention du professeur A. ANTOINE, « Le cas anglais », *Colloque de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier : L'objectivation du contentieux des droits fondamentaux : du juge des droits au juge du Droit ?*, 12 décembre 2014. Relevons de même que la théorie kelsenienne estime au contraire que le droit subjectif est quasiment inexistant, ses dispositions ne se différenciant pas du droit objectif : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, § 15-45.

Union *law* »[1401]. Ce sont donc les droits créés par le droit de l'Union que les justiciables peuvent invoquer devant le juge interne ou devant la Cour de justice. Ainsi, l'invocabilité du droit de l'Union en matière procédurale s'étend au-delà de l'effet direct. La Cour de justice s'attache en effet à rechercher plus largement des droits que les individus tirent du droit de l'Union. Certains estiment même que cette position est des plus logiques, et que restreindre l'invocabilité d'une disposition substantielle face à une disposition procédurale aurait des conséquences d'une « complexité désastreuse »[1402].

482. Ces droits invocables étaient donc traditionnellement contenus dans des dispositions suffisamment précises et inconditionnelles, conditions nécessaires à la reconnaissance de l'effet direct d'une norme issue du droit de l'Union[1403]. En effet, depuis les arrêts fondateurs *Rewe* et *Comet* de 1976, la Cour régulait la compétence procédurale des États membres par les critères d'équivalence et d'effectivité, lorsqu'était en jeu une norme d'effet direct. Dans ces deux affaires, il s'agissait notamment de l'ancien article 13 CEE relatif à l'élimination des droits de douanes pendant la période de transition. Par la suite, les normes invocables ont été par exemple l'article 45 TFUE (ex article 39 CE) sur la libre circulation des travailleurs[1404], l'article 157 TFUE (ex article 119 CE) sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes[1405], certaines dispositions de la directive 93/13/CE relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[1406], ou de la directive 2004/18 dite « marchés publics »[1407], ou encore des règlements[1408].

[1401] Nous soulignons. Voir pour un exemple l'arrêt *ADV Allround*, *op. cit.*, pt. 35 ; et pour une analyse plus approfondie voir W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures », *op. cit.*, p. 501-536.
[1402] A. WARD, « More than an « Infant Disease ». Individual Rights, EC Directives, and the Case for Uniform Remedies », *in* J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 74. L'auteur estime par ailleurs qu'une directive a été appliquée à plusieurs reprises dans un litige horizontal.
[1403] C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4ème éd., 2010, p. 521.
[1404] *Barth*, *op. cit.*
[1405] *Magorrian et Cunningham*, *op. cit.*, pt. 37.
[1406] *Océano Grupo*, *op. cit.* ; *Cofidis SA*, *op. cit.* ; et *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*
[1407] *Helmut Müller GmbH*, *op. cit.*, à propos de l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive.
[1408] Voir, à titre d'exemple, les arrêts *Kempter*, *op. cit.*, à propos du règlement 3665/87 relatif aux restitutions à l'exportation pour les produits agricoles ; *Scott SA et Kimberly Clark c. Ville d'Orléans*, *op. cit.*, à propos de l' article 14 § 3 du règlement CE 659/1999, portant modalités d'application de l'article 88 CE ; *VEBIC*, *op. cit.*, à propos de l'article 35 du règlement CE 1/2003.

483. C'est ainsi que les possibilités d'invocabilité indirecte ont fait jour[1409]. En considérant dans son sens large que l'invocabilité est « la qualité d'une norme qui peut être mobilisée d'une manière ou d'une autre dans le débat contentieux »[1410], la présence du droit de l'Union dans les prétoires nationaux s'est imposée de manière bien plus fréquente que si la seule invocabilité directe était restée envisageable. Les justiciables n'ont pas à attendre l'adoption par le législateur de l'Union d'une disposition suffisamment précise et inconditionnelle pour pouvoir exiger de son juge qu'il modifie la modalité procédurale qui lui est opposée.

484. Le mérite de la dissociation entre effet direct et invocabilité d'une disposition du droit communautaire qui ne serait pas pourvue de cet effet direct revient probablement à J. A. Winter, professeur néerlandais, dans un article publié en 1972[1411]. Cet auteur y écrit en effet qu'on ne peut exclure que « des dispositions du droit communautaire qui ne sont pas revêtues de l'effet direct puissent néanmoins avoir certains effets limités dans les rapports que les États membres entretiennent avec les personnes relevant de leur compétence »[1412]. Par la suite, la Cour de justice allait développer une panoplie de situations permettant de pallier l'absence d'invocabilité directe du droit communautaire, désormais nommée par la doctrine comme étant l'invocabilité d'exclusion, de réparation, et d'interprétation conforme. Ainsi, il peut être considéré que l'invocabilité existe pour « toutes les normes communautaires impératives, indépendamment de leur contenu plus ou moins précis et indépendamment de leurs destinataires directs, qui peuvent être appelées dans le débat contentieux interne »[1413].

B. L'épanouissement de la justiciabilité

485. Une fois débarrassée de l'obligation de démontrer que la disposition du droit de l'Union invoquée est d'effet direct pour pouvoir moduler les dispositions procédurales internes, la Cour de justice a appliqué à cette jurisprudence spécifique les invocabilités indirectes qu'elle applique ailleurs, qu'elles soient d'exclusion (1), de réparation (2), ou d'interprétation conforme (3).

[1409] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, *op. cit.* ; G. BETLEM, « The Principle of Indirect Effect of Community Law », *ERPL*, 1995 ; Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *op. cit.*

[1410] M. GAUTIER, « L'effet direct et l'invocabilité des normes européennes », *op. cit.*, p. 172.

[1411] J. A. WINTER, « Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law », *op. cit.*, pp. 425-438.

[1412] *Ibid.*, pp. 436-437.

[1413] M. GAUTIER, « L'effet direct et l'invocabilité des normes européennes », *op. cit.*, p. 176. Voir aussi D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3e éd., 2001, p. 445.

1. L'invocabilité d'exclusion

486. L'invocabilité d'exclusion signifie, comme une « obligation de ne pas faire »[1414], que la norme nationale contraire au droit de l'Union doit être écartée sans délai. À la différence de l'invocabilité de substitution, qui est la conséquence de la présence d'une norme d'effet direct, l'invocabilité d'exclusion ne permet pas d'appliquer à la place de la disposition nationale écartée une disposition de droit de l'Union. Cette conséquence du principe de primauté est issue de la jurisprudence *Simmenthal*, où la Cour expliquait que les dispositions du droit communautaire directement applicables ont pour effet « *de rendre inapplicable de plein droit* » toute norme nationale contraire[1415]. La condition d'applicabilité directe n'est cependant pas absolue, certains arrêts admettent cette technique en l'absence d'effet direct[1416]. Par ailleurs, l'invocabilité d'exclusion du fait d'une directive est possible, sous certaines conditions, dans un litige horizontal, à la différence majeure de l'invocabilité de substitution[1417]. La distinction entre substitution et exclusion est née, pour la doctrine, de la formulation de deux hypothèses par la Cour de justice, dans le cas où une disposition d'une directive peut être invoquée « *à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État* »[1418]. Entrevue dix ans plus tôt par J. A. Winter[1419], cet effet partiellement direct du droit communautaire a poussé plus loin encore l'invocabilité des normes en droit interne.

487. Dans la jurisprudence relative à la compétence procédurale des États membres de l'Union européenne, cette invocabilité d'exclusion s'illustre notamment dans la jurisprudence relative aux mesures provisoires que le juge national doit prendre en cas de violation du droit de l'Union par le droit national ou par le droit dérivé. Dans l'arrêt *Factortame* la Cour de justice se fonde ainsi sur la jurisprudence *Simmenthal* et l'obligation qui en découle pour le juge national d'écarter toute disposition faisant obstacle à la pleine efficacité des normes

---

[1414] C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 278.
[1415] *Simmenthal*, *op. cit.*, pt. 17. Voir pour un panorama de la jurisprudence sur ce point R. MEHDI, « Primauté du droit de l'Union européenne », *JCl Europe*, avril 2013, fasc. 196, § 108 et s.
[1416] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3e éd., 2001, p. 441.
[1417] Depuis l'arrêt CJUE, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, *Seda Kücükdeveci*, Rec. p. I-365. La condition actuellement indépassable est que la directive soit adossée à un principe général du droit. Voir sur ce point L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, 2e éd., 2013, p. 101.
[1418] CJCE, 19 janvier 1982, aff. 8/81, *Becker*, Rec. p. 53, d'après P. MANNIN, « De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales », *op. cit.*
[1419] D'après le juge D. EDWARD, « Direct effect: myth, mess or mystery? », *op. cit.*, p. 7, se référant à l'article de J. A. WINTER, « Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law », *op. cit.*

communautaires[1420], cette efficacité nécessitant que le juge national puisse prendre des mesures provisoires[1421]. Il en allait de même déjà dans l'arrêt Barra du 2 février 1988, dans lequel les juges estiment que la juridiction nationale « *doit laisser inappliquée* » la disposition nationale en cause car elle ne permet pas à certains justiciables d'obtenir le remboursement d'un montant indu[1422]. Cette logique ressort encore de l'arrêt *Lämmerzahl* du 10 novembre 2007, où la Cour de justice laisse au juge national la possibilité de faire appel à l'invocabilité d'exclusion, si l'invocabilité d'interprétation conforme n'est pas possible[1423].

2. L'invocabilité d'interprétation conforme

488. L'invocabilité d'interprétation conforme est apparue formellement en 1984 dans l'arrêt *Von Colson*, lorsque la Cour de justice a déduit du principe de coopération loyale l'obligation, y compris pour les autorités juridictionnelles, d'interpréter le droit national « *à la lumière du texte et de la finalité de la directive* »[1424]. Ce qui pouvait être encore appelé invocabilité de *transfusion* dans la doctrine en 1988[1425] s'est par la suite mué en interprétation *conforme* dans la jurisprudence en 1990. Dans l'arrêt *Verholen*, en effet, la Cour rappelle que, en présence d'une directive non transposée dans les délais, la « *faculté de soulever d'office une question de droit communautaire présuppose que, selon le juge national, il y a lieu soit d'appliquer le droit communautaire en laissant, au besoin, inappliqué le droit national, soit d'interpréter le droit national dans un sens conforme au droit communautaire* »[1426]. Conçue comme un palliatif à l'absence d'effet direct, l'interprétation conforme peut alors être invoquée dans un litige horizontal en présence d'une directive non transposée[1427].

489. C'est le cas, en matière procédurale, dans l'affaire *Dorsh Consult* du 17 septembre 1997, quand bien même l'organisme auquel l'entreprise était opposée dans le litige au principal était

---

[1420] *Factortame*, *op. cit.*, pt. 20.
[1421] *Ibid.*, pt. 21.
[1422] *Barra*, *op. cit.*, pt. 20.
[1423] CJCE, 11 octobre 2007, aff. C-241/06, *Lämmerzahl*, Rec. p. I-8415, pts 62-63.
[1424] *Von Colson*, *op. cit.*, pt. 26. Pour le droit primaire, voir l'arrêt CJCE, 4 février 1988, aff. 157/86, *Murphy*, Rec. p. 686.
[1425] Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *op. cit.*, p. 2 : elle apparaît « lorsque la Cour demande au juge national de donner à son droit interne une interprétation qui aille dans le sens de l'objectif poursuivi par la directive ».
[1426] *Verholen*, *op. cit.*, pt. 13.
[1427] CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA c. Comercial Internacional de Alimentación*, Rec. p. I-4135.

public[1428]. Le problème concernait ici l'absence de transposition de la directive 92/50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, et donc l'absence d'un juge pour connaître des recours contre la violation de ladite directive. Or, en Allemagne, où le litige s'est formé, une autre directive avait auparavant été transposée, qui concernait les marchés publics de fournitures et de travaux. Le droit allemand attribuait à une juridiction spécialisée le contentieux de ces marchés publics, et la question qui se posait alors était de savoir si les recours pour la constation de la violation de la directive non transposée relative aux marchés publics de services pouvaient être introduits devant la juridiction spécialisée qui recevait déjà les recours en matière de marchés publics de fournitures et de travaux. Que répondre donc au juge national qui pose une question relative à une modalité procédurale interne, alors que la directive elle-même ne dit mot sur ce point, sauf à exiger la mise en place d'un recours efficace[1429] ? Pour la Cour de justice, même si la directive est silencieuse sur la juridiction compétente pour recevoir ces recours, le juge national doit tout de même vérifier s'il ne serait pas possible de permettre au juge compétent pour recevoir les recours en matière de fournitures et de travaux, de recevoir également ceux en matière de services, afin d'assurer une interprétation conforme de la directive et une protection effective des droits des justiciables[1430]. Ainsi, lorsque la disposition invoquée n'est pas d'effet direct, et que le juge national peut, pour éviter la simple inapplication de la disposition interne par le jeu de l'exclusion, interpréter son droit en conformité avec le droit de l'Union, cette seconde voie plus contraignante et respectueuse de la primauté est préférable[1431]. Dans l'impossibilité de faire appel à l'une de ces deux invocabilités, l'invocabilité de réparation reste le dernier recours.

[1428] *Dorsch Consult*, *op. cit.* Il s'agissait d'un pouvoir adjudicateur ayant publié au Journal officiel des Communautés européennes un appel d'offre.
[1429] *Ibid.*, pt. 41.
[1430] *Ibid.*, pt. 46.
[1431] Voir par exemple les arrêts *Océano Grupo*, *op. cit.*, pt. 32 ; *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, *op. cit.*, pt. 50 ; *L'Oréal*, *op. cit.*, pt. 136 ; *Francisco Javier Rosado Santana*, *op. cit.*, pt. 53 ; ou encore *Joros*, *op. cit.*, pt. 52.

3. L'invocabilité de réparation

490. La possibilité qu'a un justiciable d'invoquer la violation du droit de l'Union pour demander à un État membre réparation occupe une place à part dans les invocabilités en matière de compétence procédurale. C'est en effet dans ce domaine que cette question s'épanouit, de façon tout à fait logique, étant donné que la réparation est obtenue uniquement par le juge, après reconnaissance par celui-ci de la responsabilité de l'État[1432]. Là encore, l'expression d'une subsidiarité n'est pas loin, lorsque la Cour de justice laisse aux juges nationaux le soin de décider eux-mêmes, tout en respectant une série de règles, de la responsabilité de l'État membre et de la réparation[1433]. Tout justiciable se prévalant de la violation par un État membre du droit de l'Union peut donc prétendre à l'obtention d'une indemnisation des dommages qui en résultent. Cette effet donné au droit de l'Union est ainsi bien plus large que celui issu de l'effet direct[1434], plus large aussi que l'interprétation conforme, plus large encore que l'invocabilité d'exclusion, car il peut être appelé à jouer même lorsque le justiciable n'a pas pu demander l'inapplication de la norme nationale contraire. Ainsi, le principe d'une réparation « *est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre* »[1435].

491. L'invocabilité de réparation, *inhérente au système du traité*, a en tout cas été ouverte de façon explicite[1436] par la Cour de justice à l'occasion de l'arrêt *Francovich* en 1991, qui a fait

---

[1432] Voir de manière générale la thèse de H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Éditions L'Harmattan, 2001, 513 p ; P. AALTO, *Public Liability in EU Law. Brasserie, Bergaderm and Beyond*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011, 240 p ; J. RIDEAU, « La responsabilité de la puissance publique », *in Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 97-121 ; A. BARAV et D. SIMON, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *RMC*, 1987, p. 165 ; D. SIMON, « La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire : la jurisprudence Brasserie du Pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas. », *AJDA*, 1996, n° 7, p. 489 ; G. VANDERSANDEN et M. DONY (dirs.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire : études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 p ; M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire, vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *CDE*, 1997, pp. 13-63.

[1433] H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, *op. cit.*, p. 48 ; F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, pp. 95-101. H. Muscat relève d'ailleurs que la Cour internationale de justice, elle, peut tout à fait engager la responsabilité d'un État : H. MUSCAT, *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, *op. cit.*, p. 48.

[1434] D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3e éd., 2001, p. 444.

[1435] *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pt. 32.

[1436] Pour les signes avant-courreurs de cet arrêt, voir D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des États membres en cas de non-transposition des directives », *Europe*, décembre 1991, pp. 1-3, et A. BARAV et D. SIMON, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *op. cit.*, p. 165.

obligation au juge national d'indemniser tout justiciable dès lors que la responsabilité de l'État membre est fondée sur la violation du droit communautaire[1437]. Cette invocabilité, est sans doute même la première a avoir été envisagée, avant même l'invocabilité directe, en 1960 dans l'arrêt *Humblet*[1438]. Plus tard, la Cour a ouvert la mise en cause de la responsabilité de l'État même lorsque la violation est due à l'activité juridictionnelle elle-même[1439]. Cette potentialité n'est pas nouvelle en droit français, la question ayant déjà fait l'objet de travaux conséquents[1440], mais vient probablement tenter de palier le fait que la jurisprudence *Francovich* a certes permis au juge national de réparer une violation du droit de l'Union, mais en lui confiant une telle tâche, la Cour de justice n'a pas pu prévoir les moyens de contraindre le juge national à utiliser cette possibilité, même lorsque, conformément au traité, le juge statuant en dernier ressort a l'obligation de saisir la Cour de justice à titre préjudiciel[1441]. De manière générale, trois conditions doivent être réunies pour que la responsabilité soit engagée, et ouvre droit à réparation. L'arrêt *Brasserie du Pêcheur* énonce de manière tout à fait explicite que le règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, et qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation et le dommage subi[1442]. En définitive, la responsabilité, reconnue d'abord dans *Francovich*, put être du fait des lois[1443], de l'action administrative, et de l'activité juridictionnelle[1444]. Combinée à la jurisprudence *CILFIT*, aux termes de laquelle les juridictions suprêmes ont l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour de justice en dehors des cas où l'acte est clair ou éclairé, la responsabilité de l'État du fait des décisions de ces mêmes

---

[1437] *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*, pt. 35 ; voir également *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pt. 20.

[1438] La Cour y écrit en effet que « *cet État est obligé, en vertu de l'article 86 du traité CECA, aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire ; cette obligation résulte du traité et du protocole qui ont force de loi dans les États membres* » : *Humblet*, *op. cit.*, spéc. p. 1146 ; voir l'analyse sur ce point de G. VANDERSANDEN, « Le droit communautaire », *in* G. VANDERSANDEN et M. DONY (dirs.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 15.

[1439] *Köbler*, *op. cit.*

[1440] P. ARDANT, *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, LGDJ, 1956, 291 p.

[1441] C. STEFANOU et H. XANTHAKI, « Are National Remedies the Only Way Forward? Widening the Scope of Article 215(2) of the Treaty of Rome », *in* A. BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 85-101, p. 88.

[1442] *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pt. 51 ; voir pour le détail de ces critères G. VANDERSANDEN, « Le droit communautaire », *op. cit.*, p. 30-46.

[1443] *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*

[1444] P. AALTO, *Public Liability in EU Law. Brasserie, Bergaderm and Beyond*, *op. cit.*, p. 3. Voir les arrêts *Hedley Lomas, op. cit*., d'une part ; *Köbler, op. cit*. et CJCE, 13 juin 2006, aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, Rec. p. I-5177, d'autre part.

juridictions enserre le juge dans un étau qui, pris au piège de la légalité communautaire, n'a pas d'autre choix que d'activer le mécanisme de l'article 234 TFUE, pour éviter d'engager la responsabilité de l'État[1445]. Curieusement, ainsi que le fait remarquer le professeur L. Coutron, mis à part P.-J. Wattel, cette jurisprudence n'a pas soulevé d'objection notable dans la doctrine[1446]. Cette prise de position de la doctrine a probablement été facilitée par le fait que la majorité des États membres de la Communauté en 2003 reconnaissaient une telle imputation[1447].

492. La question de la réparation du préjudice découlant d'une violation par l'État membre de ses obligations issues du droit de l'Union est ainsi une question hautement procédurale, si bien que l'invocabilité se confond avec la modalité procédurale elle-même. La particularité de la réparation est que la Cour de justice a préempté la compétence en la matière, dictant au juge national les conditions précises pour la mettre en mouvement, ce qu'elle n'a pas fait par exemple pour le remboursement des taxes illégalement perçues[1448]. Ainsi, les questions subséquentes posées par des juges nationaux portent sur d'autres modalités procédurales associées au mécanisme de réparation, comme les délais de recours[1449], le caractère fautif d'une faute engageant la responsabilité[1450], ou encore le montant de la réparation[1451]. Cette irruption de la responsabilité de l'État membre, en miroir de la responsabilité de l'Union[1452], témoigne encore de l'émancipation de la jurisprudence relative à la compétence procédurale de la condition d'effet direct de la disposition enfreinte. Cet envahissement de la jurisprudence procédurale tout azimut oblige le juge de Luxembourg a plus de pédagogie judiciaire, par la pratique des réserves d'interprétation.

[1445] P.-J. WATTEL, « Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this », *CMLR*, 2004, vol. 41, n° 1, p. 178.
[1446] L. COUTRON, « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : franche innovation ou faux semblant ? », *op. cit.*, p. 659.
[1447] *Ibid.*, pp. 664-665, qui renvoie notamment aux cas allemand, finlandais, italien, portugais, belge et français, à l'exception du Royaume-Uni, de la Grèce et, bien évidemment, de l'Autriche, concernée par l'arrêt *Köbler*.
[1448] G. VANDERSANDEN, « Le droit communautaire », *op. cit.*, p. 19.
[1449] *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 32.
[1450] CJCE, 30 septembre 2010, aff. C-314/09, *Strabag e. a.*, Rec. p. I-8769, pt. 34.
[1451] *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pt. 87.
[1452] La responsabilité non contractuelle de l'Union est prévue par l'article 340 TFUE : « En matière de responsabilité non contractuelle, l'Union 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 ».

II – Le curseur de l'intervention du juge

493. Dans l'élaboration de la réponse, le juge a plusieurs outils pour satisfaire à la fois à la question posée et à l'exigence d'effet utile dans la mise en œuvre du droit de l'Union. En d'autres termes, ces éléments permettent à la Cour de placer le curseur de la force de ses exigences, et donc de la répartition de la compétence procédurale entre elle-même et le juge national. Ces outils sont des sortes de réserves d'interprétation (A), technique bien connue des cours constitutionnelles. En 2011 et 2013, le juge Tridimas a expliqué dans le détail que la jurisprudence de la Cour de justice pouvait être classée selon le degré de l'injonction adressée au juge national, quelle que soit la nature de l'invocabilité, et quelle que soit la nature du recours. Il a alors identifié trois sortes de décisions, qu'il nomme successivement « outcome cases », « guidance cases », et « deference cases »[1453], ces trois stades pouvant « être vus comme des illustrations de la subsidiarité juridictionnelle »[1454]. De même, l'intensité normative qui entoure la situation de droit soumise à examen est un élément clé qui permet au juge de placer le curseur de la force de sa réponse (B).

A. La pratique des réserves d'interprétation

494. La classification échafaudée par T. Tridimas selon la force de la réponse rappelle la « troisième voie décisionnelle » détaillée dans sa thèse par le professeur A. Viala sur les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel[1455], et permet de distinguer pour le cas spécifique de la Cour de justice trois stades progressifs de réserves conditionnelles (1), directives (2) et obligatoires (3).

1. Les réserves *conditionnelles*

495. Dans sa réponse donnée au juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, la Cour de justice n'annule pas l'acte de droit interne, ce qu'elle est incapable de faire. On ne se trouve donc pas, comme dans l'étude du professeur A. Viala, dans un contentieux de l'annulation, dans lequel les réserves permettent de « préserver de la censure » un acte

---

[1453] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 367-379 ; T. TRIDIMAS, « Constitutional review of Member State action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction », *Int. Journ. Cons. Law*, 2011, n° 9, p. 737-756.

[1454] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 369 : « may be seen as illustrations of judicial subsidiarity ».

[1455] A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 313 p, spéc. pp. 17 et s.

législatif tout en l'interprétant[1456]. Dans le domaine de la compétence procédurale répartie entre la Cour de justice et le juge national, seule l'interprétation demeure, et encore l'interprétation du droit de l'Union, non du droit interne. Ces cas peuvent être comparés aux « deference cases », définis par le professeur Tridimas comme les affaires dans lesquelles la Cour de justice s'en remet au juge national pour résoudre le litige[1457], la réponse ne donnant lieu qu'à une décision *in abstracto*. On peut les rapprocher aussi des réserves constructives, telles qu'elles se retrouvent devant le Conseil constitutionnel[1458], où le juge « ajoute au texte ce qui lui manque pour être conforme »[1459]. Il ne faut pas perdre de vue toutefois que ces réserves conditionnelles chargent le seul juge national de l'appréciation du critère.

496. La décision de la Cour de justice dans l'affaire *Télé 2*, rendue le 21 février 2008, est un bon exemple de ce que les réserves conditionnelles laissent comme marge de manœuvre au juge de renvoi. Alors que le juge autrichien demandait à la juridiction de Luxembourg d'interpréter la directive « cadre » sur les réseaux et services de communication[1460], par rapport aux restrictions de l'accès à la qualité de partie dans une procédure non contentieuse, la Cour de justice s'est contentée de donner une réponse particulièrement peu informative. Elle juge en effet que si la directive n'interdit pas à l'État membre d'exclure certaines personnes de la qualité de partie dans le type de procédure dont il est question ici, il appartient à la juridiction de renvoi de s'assurer que le droit procédural interne *« assure la sauvegarde des droits que tirent de l'ordre juridique communautaire les utilisateurs et les entreprises concurrents d'une entreprise (précédemment) puissante sur le marché pertinent d'une manière qui ne soit pas moins favorable qu'en ce qui concerne la sauvegarde des droits comparables de nature interne et qui ne nuise pas à l'efficacité de la protection juridique desdits utilisateurs et desdites entreprises garantie à l'article 4 de la directive 'cadre' »*[1461]. Ce jugement de Salomon ne satisfait aucune des parties au principal, le juge *a quo* pouvant interpréter ce que dit la Cour de justice dans un sens ou dans un autre. Libre à lui, les conditions posées par la Cour de justice n'ayant pas été interprétées, de reconnaître que le droit national interdisant à la requérante d'avoir la qualité de

---

[1456] *Ibid.*, p. 33.
[1457] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 369.
[1458] Voir, en premier lieu, L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, vol. 38, n° 2, p. 622 ; et A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 74.
[1459] L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 622.
[1460] Directive n. 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *JOUE*, L 108 du 24.4.2002, p. 33.
[1461] *Télé 2 Communication*, *op. cit.*, pt. 56.

partie contrevient au droit communautaire, ou que, au contraire, cette restriction ne nuit pas à l'efficacité de la protection juridique des utilisateurs et des entreprises. Cette même déférence à l'égard du juge national ressort de la même manière de la jurisprudence de la Cour de justice à chaque fois que celle-ci pose seulement un critère, laissant au juge de renvoi le soin d'en apprécier le respect. Il en va par exemple de l'obligation de prendre en compte les intérêts de la Communauté dans le mécanisme de répétition d'une taxe communautaire indument prélevée par l'État membre[1462], d'assurer une protection effective des droits des particuliers dans la désignation de la juridiction compétente pour traiter un litige[1463], d'éviter une prolongation excessive ou le rejet d'une demande d'injonction de payer[1464], ou encore de s'assurer d'une indemnisation adéquate de la perte occasionnée par le paiement indu de la TVA[1465]. Il en va de même aussi de l'abondante jurisprudence qui ne répond au juge de renvoi que par le rappel de l'obligation de respecter les critères d'équivalence et d'effectivité[1466].

2. Les réserves *directives*

497. Il arrive de plus en plus que la Cour pose un principe, principe qui peut être accompagné d'exceptions. Ce type de réponse pose une « quasi-présomption » de validité ou d'invalidité de la modalité procédurale nationale[1467]. Dans d'autres cas, la Cour prend soin elle-même de dire quelles modalités sont incompatibles avec le droit de l'Union[1468]. Ce type de réserve peut là encore être rapproché, sans toutefois abuser de la comparaison, des réserves d'interprétation directives devant le Conseil constitutionnel, où le juge trace une « ligne de conduite » pour celui qui devra appliquer la disposition[1469]. C'est, pour la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ce que le professeur Tridimas nomme les « guidance cases », qu'il définit comme donnant au juge national des lignes directrices lui indiquant la manière pour résoudre

---

[1462] *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 32 ; *Bayerische Hypotheken*, *op. cit.*, pt. 25.
[1463] *Piercarlo Bozzetti*, *op. cit.*, pt. 17.
[1464] CJUE, 13 décembre 2012, aff. C-215/11, *Szyrocka*, Rec. num., pt. 35, à propos de la procédure européenne d'injonction de payer.
[1465] *Littlewoods Retail Ltd*, *op. cit.*, pt. 29.
[1466] Voir par exemple les arrêts CJCE, 14 janvier 2010, aff. C-233/08, *Kyrian*, Rec. p. I-177, pt. 62 ; *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.*, pt. 31 ; *Günter Fuss*, *op. cit.*, pt. 62 ; CJCE, 9 décembre 2010, aff. C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw*, Rec. p. I-12655, pt. 91 ; *Enel Maritsa Iztok 3 AD*, *op. cit.*, pt. 29 ; CJUE, 27 septembre 2012, aff. jointes C-113/10, 147/10 et 234/10, *Zuckerfabrik Jülich*, Rec. num., pt. 61 ; ou encore CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, n. e. p., pt. 54.
[1467] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 370.
[1468] *Ibid.*
[1469] L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 623.

un litige[1470]. Il est clair que dans cette catégorie la Cour ne donne pas la réponse que le juge national doit reprendre, mais le laisse lui-même tirer les conséquences de l'arrêt préjudiciel. Le strict respect du droit commanderait certes une réponse plus autoritaire, mais ce serait rendre le droit de l'Union vulnérable à la menace du rejet de la norme de l'Union par les États membres[1471].

498. L'arrêt *SFEI* du 17 juillet 1996, sur renvoi du tribunal de commerce de Paris, constitue un exemple topique de ce raisonnement. La Cour de justice y dit en effet que « *les juridictions nationales doivent, en principe, faire droit à une demande de remboursement des aides versées en violation de l'article 93, paragraphe 3, du traité* », certes, sauf à ce qu'elles justifient de circonstances exceptionnelles[1472]. La Cour fournit donc un canevas au juge de renvoi, qui doit lui permettre de trancher le litige, tout en lui laissant le soin d'apprécier le respect de ce raisonnement dans le cas d'espèce[1473]. Pour rester sur le thème de la restitution de sommes indues, un telle réserve directive peut être aussi identifiée dans l'affaire *Bianco et Girard*, là encore sur renvoi d'un juge français – la Cour de cassation – et tendant à savoir si la charge de preuve incombant à un justiciable qui doit démontrer qu'il n'a pas répercuté la taxe pour que l'État lui en restitue le montant était conforme au droit communautaire. Estimant que le droit communautaire s'oppose à une charge de la preuve sur le justiciable, la Cour poursuit en indiquant que « *la réponse n'est pas différente selon qu'il y a ou non rétroactivité de la disposition nationale, selon la nature de la taxe en cause et selon le caractère concurrentiel, réglementé ou monopolistique, en tout ou partie, du marché* »[1474]. Ce corpus décisionnel fait appel généralement à la formule « *ce qu'il appartient au juge de renvoi de vérifier* », de sorte que la Cour, après avoir posé un cadre qui la plupart du temps permet de connaître sa position sur la conformité de la disposition nationale, s'en remet au juge national en faisant mine de ne pas avoir émis de jugement. Il en va ainsi lorsque la Cour de justice estime, « *à la lumière de ce qui précède* », qu' « *il apparaît* » que le droit de l'Union ne s'oppose pas à la modalité procédurale nationale dont il est question, ce que le juge de renvoi doit « *vérifier* », sauf si cette

---

[1470] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 369.
[1471] D. RITLENG, « La neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire », *op. cit.*, p. 210.
[1472] CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI*, Rec. p. I-3577, pt. 70, en matière d'aides d'État.
[1473] Des incidents de procédure ayant largement ralenti le cours de cette affaire devant le tribunal de commerce de Paris – élévation d'un conflit de juridiction par le Préfet d'Ile de France, annulation de l'arrêté de conflit par le Tribunal des Conflits en date du 19 janvier 1998, avec entretemps l'abandon par la Commission européenne de la procédure d'aide d'État –, la demande de remboursement des aides illégales est devenue sans objet.
[1474] *Bianco et Girard*, *op. cit.*, pt. 21.

modalité cause « *des inconvénients procéduraux, en termes, notamment, de durée de procédure* », ce qu'il appartient là encore « *à la juridiction de renvoi de vérifier* »[1475]. Les parois entre les catégories sont cependant parfois poreuses, et une motivation seule qui pourrait ressembler à une réserve directive peut cacher en réalité une immixtion bien plus avant dans la compétence procédurale du juge interne, le professeur L. Coutron allant même jusqu'à parler dans cette affaire de « simulacre » de la part de la Cour de justice[1476].

499. Ce type d'arrêts dessinant des réserves directives a l'avantage que dans ces situations, le juge national peut se sentir investi d'un rôle dans la construction de l'ordre juridique de l'Union, de sorte qu'on se retrouve dans un modèle de fédéralisme coopératif[1477], faisant plus appel à la persuasion du jugement qu'à l'autorité du juge[1478]. Néanmoins, il ne faut pas se leurrer, ces cas pouvant générer un sentiment d'incomplétude chez le juge de renvoi[1479], ce qui ne peut être le cas en présence d'une « cassation préventive ».

3. Les réserves *obligatoires* ou la « cassation préventive »[1480]

500. Dans un nombre important de cas, la Cour ne laisse aucune marge de manœuvre à la juridiction de renvoi, et lui fournit une « solution prête à l'emploi »[1481]. Dans ces situations-là, la Cour de justice brouille totalement la ligne de partage qui devrait exister entre interprétation et application du droit de l'Union, et l'artifice qu'elle utilise pour rester dans les limites de son office aboutit à une « jeu de dupes qui ne trompe personne »[1482]. L'exemple le plus probant est sans conteste l'arrêt *Grundig Italiana*, sur renvoi du Tribunale di Trento, dans lequel, alors que le juge de renvoi demandait si une période transitoire de 90 jours était suffisante pour permettre

---

[1475] *Agrokonsulting*, *op. cit.*, pt. 58, à propos d'une modalité procédurale regroupant un contentieux spécial entre les mains d'une juridiction unique.
[1476] « Le lecteur qui se contenterait du dispositif de l'arrêt *Agrokonsulting* ne percevrait pas l'immixtion de la Cour de justice dans l'application du droit bulgare. Le soin laissé à la juridiction de renvoi d'éprouver, voire d'infirmer, les conclusions auxquelles la Cour est parvenue s'apparente en effet à un simulacre » : L. COUTRON, « Encadrement des règles de compétence territoriale des juridictions nationales », *RTDE,* 2014, p. 478.
[1477] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 375.
[1478] F. PICOD, « Pédagogie et persuasion », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 53-54.
[1479] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 375.
[1480] Selon l'expression de E. ARENDT, « La procédure selon l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne », *op. cit.*, p. 385, reprise par A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 15.
[1481] Ce que T. Tridimas appelle les « outcome cases » : T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 369.
[1482] L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2e éd., 2013, p. 154.

à un assujetti d'exercer son recours après l'adoption de délais de forclusion beaucoup plus courts, la Cour de justice a établi elle-même le délai minimal acceptable à six mois[1483]. Le juge italien, face à cette réponse d'une précision inégalée en matière de compétence procédurale[1484], n'a d'autre choix que d'appliquer ce nouveau délai imposé par la Cour de justice, sans plus aucune référence à son droit interne. Ces cas de figures se distinguent nettement des réserves en ce que la Cour de justice préempte la modalité en s'attribuant la compétence procédurale. Le juge national n'ayant aucune marge de manœuvre dans la solution qu'il apportera dans le litige au principal, cette attitude peut être qualifiée de « cassation préventive », en tant qu'elle constitue une « véritable voie de contestation du droit national »[1485]. C'est le cas encore de l'arrêt *Brasserie du Pêcheur*, qui élargit la responsabilité de l'État membre pour violation du droit communautaire à l'activité législative[1486]. Ainsi, il y a cassation préventive à chaque fois que la Cour de justice répond au juge national non pas seulement sur l'interprétation du droit de l'Union, mais sur la validité du droit national. Par exemple lorsqu'elle conclut son raisonnement en estimant que « *la réglementation espagnole en cause au principal n'apparaît pas conforme au principe d'effectivité* »[1487], au lieu de dire que *le principe d'effectivité s'oppose à une réglementation telle que celle en cause au principal*. Cela permet alors à la Cour de justice, comme dans les affaires *Grundig Italiana* et *Brasserie du Pêcheur*, d'imposer ses propres règles, comme le détail des émoluments qui doivent être remboursés par un État membre à un assujetti qui a payé une taxe contraire au droit de l'Union[1488].

[1483] *Grundig Italiana SpA*, *op. cit.*, pt. 40.
[1484] Voir ci-dessous Titre II, Chapitre I, Section 1, II-B-2.
[1485] L. COUTRON, « Encadrement des règles de compétence territoriale des juridictions nationales », *RTDE,* 2014, p. 478.
[1486] *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pts. 71-73. La Cour estime que « *la condition imposée par le droit allemand en cas de violation par une loi de dispositions nationales d'un rang supérieur, subordonnant la réparation au fait que l'acte ou l'omission du législateur vise une situation individuelle* » est contraire au principe d'effectivité. Il en va de même de « *l'éventuelle condition qu'impose, en principe, le droit anglais pour que soit mise en cause la responsabilité de la puissance publique, d'apporter la preuve d'un abus de pouvoir dans l'exercice d'une fonction publique (misfeasance in public office), lequel abus est inconcevable dans le chef du législateur* ». La porosité des catégories fait que certains classent cet arrêt dans une catégorie moins exigeante comme celle des « guidance cases » de T. Tridimas, qui correspondraient à nos réserves directives : « the ECJ explained which conditions of liability applicable under English and German law made excessively difficul the protection of Community rights » : T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit,* p. 367.
[1487] *Banco Español des Credito*, *op. cit.*, pt. 59.
[1488] « *lorsqu'un État membre a prélevé des taxes en violation des règles du droit communautaire, les justiciables ont droit au remboursement non seulement de l'impôt indûment perçu mais également des montants payés à cet État ou retenus par celui-ci en rapport direct avec cet impôt. Ainsi que la Cour l'a jugé aux points 87 et 88 de l'arrêt Metallgesellschaft e.a., précité, cela comprend également les pertes constituées par l'indisponibilité de sommes d'argent à la suite de l'exigibilité prématurée de l'impôt* » :

501. Ce genre d'arrêts peut intervenir lors de la consécration d'un nouveau principe, ou de la création d'une nouvelle règle, comme dans l'affaire *Köbler*, où la Cour de justice impose désormais de permettre d'engager la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire du fait des décisions juridictionnelles[1489], même si en l'espèce, les conditions n'étaient pas réunies pour engager la responsabilité de l'Autriche, en l'absence de violation manifeste du droit communautaire[1490].

502. La Cour peut se trouver particulièrement insistante aussi lorsque la question préjudicielle fait suite à des renvois précédents ou en tout cas à un dialogue entretenu depuis un certain temps entre le juge d'un État et la Cour sur un point particulier[1491]. C'est l'exemple de l'affaire *Comateb* en 1997[1492], sur renvoi du tribunal d'instance de Paris, qui fait suite au renvoi de la cour d'appel de Saint-Denis (La Réunion) dans l'affaire *Legros* datant de 1992[1493], sachant que la Cour de cassation avait déjà saisi la Cour de justice d'une question relative à la même modalité procédurale dans l'affaire *Bianco et Girard* en 1988[1494]. Il s'agissait dans ces affaires de taxes perçues par la France alors qu'elles étaient contraires au droit communautaire, et des modalités procédurales de leur récupération. Ainsi, après que la Cour de justice a, dans l'arrêt *Legros*, considéré que l'octroi de mer, cette taxe qui frappe les marchandises en provenance d'un autre État membre en raison de leur introduction dans les départements d'outre-mer, était contraire au droit communautaire, une trentaine d'entreprises ont demandé à l'État la restitution des montants qui n'auraient pas dû être payés. Alors que la Cour de justice avait déjà reconnu, sur renvoi de la Cour de cassation, que le juge pouvait prendre en compte la possibilité que la taxe avait été répercutée sur les clients pour refuser sa restitution et éviter ainsi un enrichissement sans cause, la question dans l'affaire *Comateb* fut à nouveau posée. Ce qui posait problème, en 1988 comme en 1997, c'est la question de savoir sur qui doit reposer la charge de la preuve de la répercussion. La Cour ayant déjà répondu dans la première affaire qu'il revenait à l'État d'apporter la preuve[1495], elle réitère sa solution en rajoutant que celle-ci vaut également lorsque la législation française oblige l'assujetti à répercuter la taxe sur le prix

---

CJCE, 22 novembre 2007, aff. C-525/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Rec. p. I-9947, pt. 112.

[1489] *Köbler*, *op. cit.*

[1490] L'affaire a été suivie d'une autre, CJCE, 13 juin 2006, aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, Rec. p. I-5177, où la responsabilité de l'Italie fut démontrée.

[1491] T. TRIDIMAS, « Constitutional review of Member State action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction », *op. cit.*, p. 751.

[1492] *Comateb*, *op. cit.*

[1493] *Legros*, *op. cit.*

[1494] *Bianco et Girard*, *op. cit.*

[1495] *Ibid.*, pt. 12.

du produit[1496]. Ce type d'aller-retour entre cours permet aux juges d'affiner leurs positions, de tester les réactions, et enfin de prendre le cas échéant une décision ferme.

503. L'avantage de cette attitude campée par la Cour de justice est que cela redonne au renvoi préjudiciel un intérêt notable pour le juge national, qui repart avec une réponse claire[1497]. De plus, le résultat serait de substituer une concurrence entre cours à la coopération qui leur est plus adaptée[1498]. En effet, réduire la marge de manœuvre du juge interne ne peut se faire qu'avec l'accord, tacite voire supposé de celui-ci. Cette situation permet alors un dialogue juridictionnel plus franc et évite à chacun des juges de prendre des positions opposées en jouant des ambiguïtés de la réponse de la Cour de justice. L'inconvénient, qui n'est pas des moindres, est que cela pousse le juge à « excéder sa fonction dans le cadre du renvoi préjudiciel »[1499], ainsi que cela lui arrive parfois dans l'application du critère de l'équivalence[1500]. La notion de « cassation préventive » révèle alors toute sa contradiction, le renvoi préjudiciel n'étant pas le cadre institutionnel prévu pour des positions aussi tranchées.

B. La prise en compte de l'intensité normative

504. L'intensité de la norme est un élément fondamental dans l'attitude du juge face à une procédure nationale. Selon ce schéma, le degré de transfert de compétence n'est pas le curseur le plus déterminant dans le jeu de la subsidiarité juridictionnelle. La Cour de justice, pour déterminer qui, d'elle-même ou du juge national, est compétent dans un litige, prend en compte le degré d'harmonisation opéré par le législateur de l'Union (1), et le domaine d'intervention qui préside à ce litige (2).

[1496] *Comateb*, *op. cit.*, pt. 26.
[1497] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 374.
[1498] *Ibid.*
[1499] *Ibid.*
[1500] Voir Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 1, II-B.

1. Le degré d'harmonisation

505. Comme le remarque R. Kovar, l'arrêt *Rewe* de 1981, autrement dénommé *Croisières du beurre*, montre avec une « remarquable netteté » les rapports entre autorité et invocabilité de la directive[1501]. La Cour y déclare, rappelle l'auteur, que « *l'effet contraignant de la directive implique qu'une autorité nationale ne peut opposer à un particulier une disposition législative ou administrative nationale qui ne serait pas conforme à une disposition de la directive qui aurait toutes les caractéristiques pour pouvoir être appliquée par le juge* ». La directive, dans la philosophie de la théorie de l'effet direct, contient effectivement des dispositions dont l'autorité varie, et dont, par conséquent, l'invocabilité varie. En élargissant la réflexion à l'ensemble des sources du droit de l'Union, nous pourrions aussi affirmer que la jurisprudence de la Cour de justice articule les rapports entre ce qu'il est convenu d'appeler l'*intensité* de la norme et les *effets* de cette norme.

506. Cette réflexion occupe une part de la doctrine en droit de l'Union, en ce qu'elle permet d'expliquer le phénomène de subsidiarité juridictionnelle, au-delà des différentes invocabilités. A. Adinolfi y consacre une partie d'un article publié en 2012, en déclarant notamment que « l'approche de la Cour est influencée par le degré d'harmonisation matérielle atteinte dans un certain domaine par la législation de l'Union »[1502], indépendamment de la nature de la compétence en jeu[1503]. La Cour peut être plus exigeante dans un domaine relevant d'une compétence partagée que dans un domaine relevant d'une compétence exclusive, du simple fait du degré d'harmonisation auquel le législateur européen a abouti. Les cas de mise en danger de la primauté du droit de l'Union la poussent cependant à être plus rigoureuse[1504]. Peut être tout aussi bien cité, parmi d'autres, le cas *Eco Swiss*, concernant la qualification d'ordre public, mais qui se distingue de l'affaire *Van Schijndel* alors même que la règle procédurale est la même[1505]. La Cour de justice dit alors que si dans l'affaire *van Schijndel*, les articles 101 et 102 TFUE (ex articles 81 et 82 CE) ne pouvaient pas permettre d'être interprétés en ce sens que le juge national devrait relever d'office leur violation, l'article 101 TFUE, lui, dans l'arrêt *Eco Swiss*, implique

---

[1501] R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », *in Itinéraires d'un juriste européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 142, réédition de l'article original « Observations sur l'intensité normative des directives », *in Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 359-372.
[1502] A. ADINOLFI, « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *op. cit.*, p. 299.
[1503] *Ibid.*, p. 299.
[1504] *Ibid.*, p. 300.
[1505] La Cour dit elle-même que cette affaire est différente de l'arrêt *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 40.

qu'il soit reconnu comme une règle d'ordre public en droit interne avec les effets qui s'attachent devant le juge national à ce type de qualification. La Cour n'applique donc pas la grille d'analyse classique impliquant les critères d'équivalence et d'effectivité, mais tout simplement l'article 101 TFUE sans intermédiaire. En effet, la Cour dispose ici d'un fondement juridique communautaire de nature procédurale, qu'elle puise directement dans le Traité, qui est selon elle, d'ordre public[1506]. Autre et dernier exemple, l'arrêt *Josef Volding Schalt* du 29 janvier 2009 donne un cas d'appropriation franche de la compétence procédurale par la Cour de justice, en présence d'un règlement suffisamment précis[1507].

507. Trois degrés de « déférence » que le juge national doit avoir en vertu du principe de coopération loyale ont d'ailleurs été esquissés, sans que cette classification ne connaisse de postérité notable : la « déférence absolue », la « très grande déférence », et la simple « déférence ». Cette catégorisation a été proposée par les avocats de M. Crehan devant la Court of Appeal britannique qui devait par la suite poser une questions préjudicielle à la Cour, faisant surgir au grand jour l'affaire *Courage et Crehan*[1508]. Il y a indéniablement une conscience de la variabilité de l'ampleur des obligations que la Cour peut imposer au juge interne. La Cour peut alors prendre en compte le degré d'harmonisation qui prévaut autour du cas d'espèce, soit directement en lien avec lui, soit en faisant référence à une norme autre qui possède un lien de rattachement au cas d'espèce plus ténu.

508. En premier lieu, dans ce dernier cas, la Cour peut donc utiliser une norme ou une disposition qui n'est pas directement en cause dans l'affaire au principal devant le juge interne.

[1506] La Cour estime que « l'article 81 CE constitue, conformément à l'article 3, sous g), du traité CE [devenu, après modification, article 3, paragraphe 1, sous g), CE], une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur. L'importance d'une telle disposition a amené les auteurs du traité à prévoir expressément au deuxième paragraphe de l'article 81 CE que les accords et décisions interdits en vertu de cet article sont nuls de plein droit », *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 36.

[1507] Dans cette affaire la Cour de justice rappelle qu' « *en adoptant le règlement n° 2988/95 et, en particulier, l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de celui-ci, le législateur communautaire a toutefois entendu instituer une règle générale de prescription applicable en la matière et par laquelle il entendait, d'une part, définir un délai minimal appliqué dans tous les États membres et, d'autre part, renoncer à la possibilité de recouvrer des sommes indûment perçues du budget communautaire après l'écoulement d'une période de quatre années postérieure à la réalisation de l'irrégularité affectant les paiements litigieux. Il en résulte que, à partir de la date d'entrée en vigueur du règlement n° 2988/95, tout avantage indûment perçu du budget communautaire peut, en principe et excepté dans des secteurs pour lesquels le législateur communautaire a prévu un délai inférieur, être recouvré par les autorités compétentes des États membres dans un délai de quatre années* » : *Josef Volding Schalt*, *op. cit.*, pts 27 et 28.

[1508] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 393, à propos de l'affaire *Courage et Crehan*, *op. cit.*

A. Barav rappelle, à ce propos, que dans le cadre du renvoi préjudiciel, « la Cour s'estime en droit de prendre en considération des règles et normes communautaires auxquelles le juge national n'a pas fait référence dans l'énoncé de sa question »[1509]. Dans l'arrêt *Ecotrade*, pour déterminer si un délai national de forclusion de deux ans en matière fiscale est conforme au critère d'effectivité, les juges de Luxembourg convoquent la « sixième directive » et son délai de forclusion aussi de deux ans, pour déclarer le délai national valide[1510]. De même, dans l'arrêt *Ferwerda*, la Cour prend en compte des règlements dont l'application au cas d'espèce n'est pas vérifiée, pour déterminer l'étendue des obligations de l'État membre[1511]. Dans un autre cas de figure, la Cour peut donner une indication après avoir déclaré le juge national compétent pour en décider. Ainsi, dans l'arrêt *Bozzetti*, après avoir rappelé la liberté de l'État membre dans la désignation de la juridiction compétente, la Cour indique néanmoins quelle juridiction sera compétente. La qualification juridique d'un prélèvement, en cause dans le litige devant le juge national, « *au regard des règles du droit communautaire, n'est pas pour autant indifférente du point du vue du droit national* »[1512]. La Cour utilise donc le règlement qui est applicable en l'espèce, pour en déduire qu'il fait du prélèvement en question une intervention à caractère essentiellement économique comme les autres prévues par l'organisation commune de marché des produits laitiers. Il est donc tout à fait remarquable que la Cour de justice attribue dans un premier temps au juge national la compétence de désigner la juridiction compétente, puis lui dise finalement quelle est la nature du prélèvement, liant ainsi le juge national quant à la détermination de la juridiction compétente. Un dernier exemple dans cette catégorie concerne les arrêts *Zuckerfabrik* et *Atlanta*, en matière de sursis à exécution et de mesures provisoires. Dans ces affaires, dans lesquelles la Cour de justice était face à un juge national qui demandait s'il pouvait prendre des mesures provisoires en présence d'une contestation de la validité d'une norme de droit dérivé de l'Union, la réponse, positive, a été accompagnée d'une description précise des modalités procédurales à respecter. Pour ce faire, la Cour a utilisé son propre

---

[1509] A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 2.
[1510] CJCE, 8 mai 2008, aff. jointes C-95/07 et C-96/07, *Ecotrade*, Rec. p. I-3457, pt. 48. « *Pour ce qui est du principe d'effectivité, il y a lieu de souligner qu'un délai de forclusion de deux ans, tel que celui en cause au principal, ne saurait, en soi, rendre en pratique l'exercice du droit à déduction impossible ou excessivement difficile, étant donné que l'article 18, paragraphe 2, de la sixième directive permet aux États membres d'exiger que l'assujetti exerce son droit à déduction pendant la même période que celle au cours de laquelle ce droit a pris naissance* »
[1511] *Ferwerda*, *op. cit.*, pt. 20 ; voir aussi *Salumi*, *op. cit.*, pt. 16 et s.
[1512] *Piercarlo Bozzetti*, *op. cit.*, pts 18-19.

règlement de procédure, étant donné qu'il s'agit d'une compétence qui lui est réservée, celle de contrôler la validité des actes de droit dérivé[1513].

509. En second lieu, la Cour utilise le degré d'harmonisation des normes qui ont un lien direct avec le litige. La différence de traitement entre deux cas de figure, l'arrêt *Lesoochranarske* et l'arrêt *Edwards* est, à ce titre exemplaire. Dans le premier cas, c'est l'article 9, paragraphe 3 de la Convention d'Aarhus qui est appliqué. Or, comme cet article n'a pas été transposé en droit de l'Union par les deux directives qui ont intégré cette convention[1514], la Cour fait appel aux critères d'encadrement traditionnellement attachés à l' « autonomie procédurale » des États membres, c'est-à-dire l'équivalence et l'effectivité. Ces deux critères ont une force normative moins élevée que le principe de protection juridictionnelle effective, qui sera, lui, utilisé seul dans l'arrêt *Edwards*[1515]. Cette substitution de principes s'explique par le fait que, dans cette affaire, c'est l'article 9 paragraphe 4 de la Convention qui est invoqué, et non le 9 paragraphe 3 comme dans la précédente affaire. Or, cet article a, lui, été transposé par les articles 10 bis et 15 bis des deux directives.

510. L'affaire *Edwards* est un exemple de mise en œuvre du principe de protection juridictionnelle effective pour la garantie procédurale d'un droit substantiel unionaire[1516]. Dans cette affaire, il est question « *des critères d'appréciation que le juge national doit appliquer pour assurer le respect de l'exigence, lorsqu'il statue sur les dépens, que les coûts de la procédure ne soient pas d'un montant prohibitif* »[1517]. La Supreme Court du Royaume-Uni, qui pose la question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne, demande à ce titre « *si cette appréciation revêt un caractère objectif ou, au contraire, subjectif, ainsi que la mesure dans laquelle il y a lieu de tenir compte du droit national* »[1518]. Le droit de l'Union invoqué par les parties requérantes découle de la Convention d'Aarhus sur l'accès à la justice en matière

---

[1513] *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.*, pt. 27 ; *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft I*, *op. cit.*, pt. 27.

[1514] Directive 85/337/CE du Conseil, du 27 juin 1985, sur l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, *JOUE*, L 175, p. 40, et directive 96/61/CE du Conseil, du 24 septembre 1996, relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, *JOUE*, L 156, p. 17.

[1515] *Edwards*, *op. cit.*

[1516] CJUE, 11 avril 2013, aff. C-260/11, *Edwards*, n. e. p. Fait qui peut être relevé sans constituer un intérêt pour notre raisonnement, la question préjudicielle est posée par la nouvelle Supreme Court du Royaume-Uni, qui a pris ses fonctions le 1er octobre 2009, et reprenant alors certaines compétences de la House of Lords. Dans sa décision précédant le renvoi à Luxembourg, la Supreme Court reproche explicitement à la House of Lords de ne pas avoir traité la question de la compatibilité de la situation en cause au principal au regard du droit de l'Union. Gageons que ce reproche augure une meilleure prise en considération du droit de l'Union par la nouvelle cour.

[1517] *Ibid.*, pt. 24.

[1518] *Ibid.*, pt. 24.

d'environnement[1519], et concerne précisément la directive 85/337/CEE sur l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement[1520], et la directive 96/61/CE relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution[1521], qui toutes deux ont été révisées pour transposer des dispositions de la Convention dans le droit de l'Union[1522]. Au regard de l'objectif de la Convention d'Aarhus et des deux directives qui est de permettre un « accès à des mécanismes judiciaires efficaces »[1523] en faisant en sorte que les procédures aient « un coût non prohibitif »[1524], la Cour de justice donne au juge de renvoi les clés nécessaires et précises pour lui permettre de déterminer le caractère prohibitif des coûts de la procédure. La Cour de justice ne tranche cependant pas directement le litige, car la question de l'application au cas d'espèce de ces clés n'est pas posée par la Supreme Court. Dans son obligation de respecter le périmètre de la question, la Cour de justice se limite donc à dire ce qu'il est convenu de prendre en compte pour le calcul du coût de la procédure. V. Michel écrit d'ailleurs que « ceci confirme donc que pour juger de l'exhaustivité de la réglementation communautaire, il faut tenir compte de son contenu et de la portée de chaque mécanisme institué. Cette démarche n'implique toutefois pas que la Cour se livre à une analyse isolée des textes. Au contraire, il peut être nécessaire, dans certains cas, de tenir compte de l'ensemble de la réglementation communautaire »[1525].

511. Cependant, alors que ce même droit au recours pour la mise en œuvre de la même directive était en cause dans l'affaire *Lesoochranarske*, la Cour de justice avait fait le choix d'accoler au principe général du droit de l'Union les critères classiques d'encadrement que sont l'équivalence et l'effectivité[1526]. Cela découle du fait que dans l'arrêt *Edwards*, la disposition du droit de l'Union en cause est issue du droit dérivé : les articles 10 bis et 15 bis des deux directives. Or, la disposition en cause dans l'arrêt *Lesoochranarske*, elle, est conventionnelle.

[1519] Convention du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, approuvée au nom de la Communauté européenne par la décision 2005/370/CE du Conseil, du 17 février 2005, *JOUE*, L 124, p. 1.
[1520] Directive du Conseil, du 27 juin 1985, *JOUE*, L 175, p. 40.
[1521] Directive du Conseil, du 24 septembre 1996, *JOUE*, L 156, p. 17.
[1522] En prévision de l'approbation de la Convention d'Aarhus par la Communauté européenne, ces deux directives ont été modifiées par la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, *JOUE*, L 41, p. 26, et par la directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 mai 2003, prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61CE du Conseil, *JOUE*, L 156, p. 17.
[1523] Préambule de la Convention d'Aarhus.
[1524] Articles 10 bis et 15 bis respectivement des directives 85/337/CEE et 96/61/CE.
[1525] V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, *op. cit.*, p. 395.
[1526] *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, *op. cit.*, pts 48-50.

Surtout, elle est déclarée comme n'étant pas d'effet direct par la Cour, donc la marge de manœuvre des États membres est plus large. Cela montre que l'encadrement classique est moins contraignant que celui de la protection juridictionnelle effective, ou l'application simple de la primauté. Toutefois, le résultat particulièrement contraignant du raisonnement de la Cour, qui « encadre drastiquement »[1527] la compétence procédurale nationale, s'explique plus par la « mauvaise volonté des autorités et juridictions slovaques »[1528] dans l'acceptation de l'intervention des associations de protection de l'environnement, que par la force contraignante de la disposition de la Convention.

2. Le domaine d'intervention

512. Outre le degré d'harmonisation, le domaine dans lequel surgit le litige est une autre indication de l'intensité normative guidant le juge dans la répartition de la compétence procédurale. M. Accetto et S. Zleptnig associent ainsi quasiment systématiquement le critère d'effectivité à d'autres dispositions du traité, ce qui lui donne un sens alors différent[1529]. La Cour de justice a elle-même constaté l'importance particulière de certains domaines dans l'architecture générale des traités. Ainsi, dans l'arrêt *Heylens*, elle se permet d'affermir l'obligation de protection juridictionnelle effective initialement posée dans l'arrêt *Johnston* parce qu'il s'agit en l'espèce de la libre circulation des travailleurs, et que donc leur protection doit être renforcée[1530]. De même, le droit de la concurrence, parce qu'il tient une « *place fondamentale* »[1531] en droit de l'Union, commande des solutions plus contraignantes et parfois même innovantes[1532], comme l'octroi de dommages et intérêts aux victimes de pratiques anticoncurrentielles, alors même qu'elles ne sont pas prévues par le législateur européen[1533]. Un dernier exemple peut être encore évoqué, dans le domaine des aides d'État. Étant donné que « *l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aides ou d'un régime d'aides avec le marché*

[1527] L. COUTRON, « Sur une apparente lapalissade : les associations de protection de l'environnement doivent pouvoir... protéger l'environnement ! », *RTD eur*., 2011, p. 821.
[1528] *Ibid*.
[1529] M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *op. cit.*, p. 387. Les auteurs visent notamment l'article 81 TFUE (ex 65 CE) relatif à la coopération judiciaire en matière civile, l'article 220 CE relatif aux missions de la Cour, dont le « rôle fondamental dans la jurisprudence de la Cour ne devrait pas être sous-estimé », l'article 267 TFUE (ex 234 CE) relatif au renvoi préjudiciel, ou encore l'article 288 TFUE (ex 249 CE) relatif à la typologie des instruments de l'Union.
[1530] *Heylens*, *op. cit.*, pt. 15, où la Cour exige, pour que l'exercice du droit au juge soit effectif, que la décision administrative soit motivée afin qu'elle puisse permettre à la personne intéressée de la contester.
[1531] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 36.
[1532] L. IDOT, *Europe*, novembre 2001, Comm. n. 330, p. 12.
[1533] *Courage et Crehan*, *op. cit.*, pt. 20.

commun relève de la compétence exclusive de la Commission », le juge national doit revenir sur l'autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle qui contrevient à une décision de la Commission[1534]. Ces quelques exemples montrent que le domaine d'intervention peut révéler les matières saillantes de l'architecture de l'Union. Libertés de circulation, concurrence, aides d'État, cette jurisprudence de la Cour montre que les matières économiques dominent encore les fondements de l'Union.

513. Néanmoins, l'attention accordée depuis l'arrêt *Grzelczyk* en 2001 à la citoyenneté de l'Union, « *statut fondamental des ressortissant des États membres* »[1535], laisse entrevoir des potentialités dans ce domaine. Ainsi, un arrêt *Byankov* rendu le 4 octobre 2012, « *compte tenu […] de l'importance que le droit primaire attache au statut de citoyen de l'Union* »[1536], rejette-t-il la justification d'un État membre tenant au respect de la sécurité juridique pour ne pas revenir sur une décision définitive d'interdiction d'entrée sur le territoire. Cependant, cet arrêt n'ouvre que partiellement la voie à l'utilisation du domaine d'intervention comme seul acteur de l'intensité, car il était couplé ici avec un degré d'harmonisation élevé en matière de libre circulation des personnes, harmonisation qui a été le premier argument de la Cour de justice[1537]. Au demeurant, cet exemple montre que les éléments de l'intensité normative ne sont que des indices, et qu'ils peuvent être utilisés par la Cour en faisceau afin de déterminer le lieu le plus adéquat de l'exercice de la compétence procédurale.

[1534] *Lucchini SpA contre MICA*, *op. cit.*, pt. 62. Dans un arrêt postérieur, la Cour de justice a d'ailleurs confirmé que la solution contraignante retenue dans l'affaire *Lucchini* était due au domaine spécifique des aides d'État et à la répartition des compétences qu'il opère entre Union et États membres : CJUE, juillet 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, Rec. num., pt. 61.

[1535] CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, Rec. p. I-6193, p. 31.

[1536] *Byankov*, *op. cit.*, pt. 81.

[1537] La Cour écrit en effet que « *par l'article 32, paragraphe 1, de la directive 2004/38, le législateur de l'Union a obligé les États membres à prévoir la possibilité de réexamen de mesures d'interdiction d'entrée sur leur territoire ou de sortie de celui-ci même lorsque ces mesures ont été valablement prises au regard du droit de l'Union et même lorsqu'elles sont, à l'instar de l'arrêté de 2007, devenues définitives. Tel devrait, à plus forte raison, être le cas s'agissant d'interdictions territoriales telles que celle en cause au principal, qui n'ont pas été valablement prises au regard du droit de l'Union et qui constituent la négation même de la liberté énoncée à l'article 21, paragraphe 1, TFUE. Dans une telle situation, le principe de sécurité juridique n'exige pas impérativement qu'un acte imposant une telle interdiction continue de produire des effets juridiques pour une durée illimitée* » *Ibid.*, pt. 80.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

514. Dès les arrêts du 16 décembre 1976 *Rewe* et *Comet*, en effet, la Cour a utilisé des dispositions communautaires non procédurales, mais substantielles, pour influer sur le contenu des modalités procédurales nationales. Il s'agit alors d'un effet direct qu'on pourrait appeler secondaire, en ce que le justiciable invoque directement une disposition suffisamment précise et inconditionnelle du droit de l'Union, et en tire des conséquences sur une modalité procédurale interne. Ensuite, le passage de l'effet direct à l'invocabilité directe opéré par l'arrêt *Ratti* a permis d'ouvrir à d'autres invocabilités, cette fois indirectes. Le phénomène est largement connu et étudié, et il faut noter que l'encadrement des modalités procédurales nationales n'a pas échappé à cette évolution, cet élargissement presque infini des normes issues du droit de l'Union qui sont invocables, soit directement, soit indirectement par la voie de l'interprétation conforme, de la réparation, ou de l'exclusion.

515. À côté de cette ouverture considérable du prétoire de l'Union devant le juge national, la Cour de justice place le curseur de ses exigences, qui se traduisent par la répartition de la compétence procédurale entre elle-même et le juge national, grâce à deux techniques. La première consiste en des prises de position qui s'apparentent à la technique des réserves d'interprétation que connaissent bien les cours constitutionnelles des États membres, et pour la systématisation desquelles nous empruntons aux travaux de L. Favoreu et d'A. Viala à propos du Conseil constitutionnel français, et de T. Tridimas à propos de la Cour de justice[1538]. La Cour peut ainsi s'en remettre au juge national pour résoudre le litige à la condition que le droit de l'Union soit respecté, sans donner plus de détail. Ce sont des réserves conditionnelles. La Cour peut aussi poser une « quasi-présomption » de validité ou d'invalidité de la modalité procédurale nationale[1539] en donnant au juge interne une « ligne de conduite » à suivre pour parvenir à la légalité[1540]. Ce sont les réserves directives. Enfin, la Cour a pu donner des réponses qui, ne laissant aucune marge de manœuvre au juge national, peuvent être qualifiées de réserves directives. La seconde technique permettant de placer le curseur de la compétence procédurale

[1538] Voir les contributions suivantes : L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, pp. 611-633 ; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.* ; et T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 367-379.
[1539] T. TRIDIMAS, « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *op. cit.*, p. 370.
[1540] L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 623.

est l'intensité normative, qui peut être déterminée essentiellement par le degré d'harmonisation et par le domaine d'intervention. La Cour de justice établit alors, en fonction de tous ces éléments, la marge de manœuvre laissée au juge national, soit qu'elle laisse malgré tout « deviner » la réponse qui sera donnée, soit que la solution ne laissera « pas de place au doute »[1541].

516. Cette variabilité de la justiciabilité renvoie à l'idée tantôt de suppléance tantôt d'autonomie dans la théorie de la subsidiarité[1542]. Le principe impose soit de se retirer, soit d'intervenir à la place de l'autre autorité politique. Le curseur est en effet l'autre nom de la subsidiarité juridictionnelle. Comme l'écrit le professeur F. Fines, « la subsidiarité renvoie à une palette où toutes les nuances et tous les degrés de l'harmonisation sont représentés, comme en témoigne l'exemple de la responsabilité. Mais de cette palette, c'est la CJCE qui tient le pinceau »[1543], et elle le montre de manière éclatante dans sa jurisprudence.

[1541] M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, p. 427.
[1542] D. SZYMCZAK, « Le principe de subsidiarité au sens du droit de la CEDH », *op. cit.*, p. 24.
[1543] F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, p. 98.

CONCLUSION DU TITRE I

517. La compétence procédurale des États membres de l'Union européenne est à justiciabilité variable, car l'individu qui se retrouve devant le juge national et à qui on applique une modalité procédurale qui porte atteinte au droit de l'Union ne bénéficiera pas de la protection offerte par les voies de droit de la même manière, selon l'État dans lequel il se trouve, le domaine du litige, ou encore le choix de la formulation de la réponse donnée au juge de renvoi. Parmi les multiples instruments élaborés par la Cour de justice pour faire varier cette justiciabilité, on trouve l'acceptation, de plus en plus marquée, de justifications avancées par les États membres pour s'affranchir du respect du critère d'effectivité dans sa forme traditionnelle. La Cour de justice, dans le souci de ne pas apparaître comme avalisant des violations du droit de l'Union, intègre les considérations impérieuses des États membres à l'interprétation de l'effectivité, en corrigeant son sens et son contenu. À l'arrivée, l'effectivité n'est plus ce critère qui impose au juge national de ne pas appliquer une modalité procédurale qui rendrait excessivement difficile l'exercice d'un droit par le justiciable, mais un critère qui, pour remplir cette même condition, doit respecter les droits à la sécurité juridique, pour ne prendre que cet exemple. À la manière des exigences impératives d'intérêt général dans les libertés de circulation, la Cour a pu, quoique timidement, délimiter l'utilisation de ces justifications correctives aux objectifs non économiques, à des considérations impérieuses, et à la proportionnalité de la modalité procédurale.

518. Les variations de justiciabilité apparaissent également avec les multiples invocabilités, désormais alignées dans le domaine de la mise en œuvre procédurale sur le reste de la jurisprudence de la Cour. D'un effet direct secondaire, qui permet au justiciable d'invoquer une norme substantielle d'effet direct à l'encontre d'une modalité procédurale interne, la Cour a ouvert la voie à des invocabilités indirectes, en tous points identiques à celles qui opèrent dans le reste de la jurisprudence, l'invocabilité de réparation étant par ailleurs spécifiquement créée en matière procédurale. La disparition de la nécessité d'invoquer une norme d'effet direct pour lui attribuer des effets en droit interne s'est formellement manifestée dans le phrasé de la formule de la Cour de justice : passant, dans les arrêts *Rewe* et *Comet* en 1976 d'une protection juridique « *découlant, pour le justiciable, de l'effet direct des dispositions du droit communautaire* »[1544], à la protection des droits que « *les justiciables tirent du droit*

[1544] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5, et *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 10.

communautaire »[1545]. L'indéniable élargissement des normes invocables par le justiciable se double inévitablement d'une gradation de leurs effets. De même le juge, en pesant sa réponse, place le curseur de la répartition de la compétence procédurale entre lui-même et le juge national en modulant l'impérativité de la réponse, soit laissant au juge national une large marge de manœuvre par la seule imposition d'une condition à la validité de la modalité procédurale interne, soit en la dirigeant par des circonvolutions qui font bien comprendre au juge interne la réponse qu'il devra donner, soit en ne laissant aucune marge de manœuvre au juge de renvoi. La Cour module l'effet de sa réponse grâce à cette technique qui peut être comparée à celle des réserves d'interprétation telle que pratiquée par les cours constitutionnelles européennes. On distingue alors respectivement des réserves conditionnelles, directives, et obligatoires. Le phénomène de variabilité de la répartition de la compétence procédurale ne saurait être totalement appréhendé sans la prise en compte de l'intensité normative qui entoure le litige ou la question posée. Ainsi, il a été expliqué que le degré d'harmonisation, incluant la présence à proximité du droit applicable de sources d'inspiration qui permettent à la Cour de faire des parallèles avec le contexte procédural de l'affaire qui lui est soumise. Le domaine d'intervention est lui également un point d'ancrage pour la Cour, montrant par leur utilisation la dimension encore largement économique des priorités de l'Union, l'irruption de la citoyenneté européenne en tant que « *statut fondamental des ressortissants des États membre* »[1546] pouvant peut-être, à l'avenir, tempérer ce constat.

519. La Cour de justice est ainsi à la fois acteur et proie de la dissymétrie issue de points de tension en perpétuel mouvement qui démontrent l'existence d'une subsidiarité juridictionnelle : identité nationale, primauté, état d'avancement du droit de l'Union et mécanismes de voies de droit. La jurisprudence de la Cour relative aux multiples modalités procédurales sur lesquelles elle a eu à se prononcer témoigne de ces tensions, le juge étant sans cesse à la recherche du point d'équilibre au milieu d'intérêts parfois contradictoires. Or, lorsqu'on étudie les décisions de la Cour de justice par le prisme de la compétence procédurale, la classification qui en résulte donne à voir une cohérence de la jurisprudence.

[1545] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 80.
[1546] *Grzelczyk*, *op. cit.*, p. 31.

TITRE II – LA COHÉRENCE RETROUVÉE DE LA JURISPRUDENCE

520. La construction du droit administratif européen se fait au cas par cas[1547]. Toutes les procédures ne sont donc pas concernées, et elles ne peuvent être classées, comme en droit interne, en égrenant par exemple les règles en droit administratif, puis judiciaire, à l'intérieur desquelles on retrouverait des rubriques « droit d'agir », « instance », « jugement », « voie de recours », et ainsi de suite[1548]. Le contenu du droit de l'exécution juridictionnelle du droit de l'Union est, par la force des choses, parcellaire et subordonné[1549], et le désordre infernal qui en ressort est à l'image d'un « *pandémonium procédural* »[1550]. Pourtant, une cohérence peut être retrouvée dans la jurisprudence.

521. Le contenu du droit de l'exécution juridictionnelle du droit de l'Union est parcellaire, car il arrive que la mise en œuvre juridictionnelle d'une disposition matérielle prévue par le droit de l'Union ne pose pas de problème, si bien qu'aucun renvoi préjudiciel n'a été nécessaire, ni même aucun recours en constatation de manquement contre un État membre. Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'article 4, paragraphe 1 de la directive 2002/21 relative aux réseaux et services de communications électroniques[1551], prévoit qu'un recours est de droit pour les

---

[1547] Ainsi que le montre par exemple l'étude de A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, 2ème éd., Oxford-New York, Oxford University Press, coll. « Oxford EC law library », 2006, p. 143-189.

[1548] Comme le font L. CADIET et E. JEULAND dans leur manuel *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7ème éd., 2011.

[1549] Sur l'étude de l'exécution juridictionnelle du droit de l'Union, et les réflexions sur ses problématiques, nous renvoyons aux nombreuses études déjà produites. Notamment, et sans être exhaustif, nous renvoyons aux thèses de B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, *op. cit.* ; B. LE BAUT-FERRARÈSE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des états membres*, *op. cit.* ; C. HAGUENAU-MOIZARD, *L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 619 p ; A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, *op. cit.* De même, certains ouvrages méritent d'être cités : H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, 414 p ; D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, *op. cit.* ; M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice*, Hart Publishing, 2004, 418 p ; H. G. SCHERMERS et D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6ème éd., Kluwer Law International, 2001, 920 p.

[1550] G. SOULIER, « Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? », *in* D. SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 71.

[1551] Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *JOUE* n° L 108 du 24.04.2002 p. 33.

fournisseurs de services de télécommunication contre une décision d'une autorité réglementaire nationale. À ce jour, trois questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice sur l'interprétation des obligations découlant de cet article, dont l'une a fait l'objet d'une ordonnance de radiation pour retrait de la question par le juge de renvoi[1552]. Dans les deux affaires ayant donné lieu à un arrêt, étaient en cause l'impossibilité pour le juge qui reçoit le recours de disposer des documents confidentiels des entreprises visées[1553], et l'impossibilité pour une entreprise d'avoir qualité pour agir sur le fondement de la directive[1554]. Or, à ce jour, aucune question préjudicielle n'a été posée dans le cadre de cette disposition en ce qui concerne, pour n'évoquer qu'eux, les délais de recours contre l'autorité réglementaire, les règles de preuve devant la juridiction compétente, ou le choix même de cette juridiction. La plupart du temps, c'est que ces modalités procédurales ne sont pas contestées par les parties au procès. Parfois, c'est le refus du juge interne de sursoir à statuer et de renvoyer devant la Cour de justice, ou encore la stratégie des parties qui expliquent que ces questions ne parviennent pas aux juges de Luxembourg.

522. Le droit de l'exécution juridictionnelle du droit de l'Union est donc également subordonné, en ce qu'il dépend entièrement de la bonne volonté des juridictions nationales pour opérer un renvoi préjudiciel, ou de l'action de la Commission européenne dans le cadre des recours en constatation de manquement. Il est donc subordonné à l'inscription au rôle des affaires introduites.

523. Pour surmonter cet obstacle, la classification est un exercice de méthodologie juridique difficilement évitable, depuis les premiers jurisconsultes romains comme Cicéron[1555] jusqu'aux méthodes les plus modernes comme Légifrance[1556]. Nous proposons de classer les procédures des États membres en fonction de l'intensité du contrôle de la Cour, cette proposition étant le fruit d'un constat d'une gradation en ce domaine. Il aurait été envisageable de procéder à une distribution selon que la procédure en cause a bénéficié d'une approche stable par la Cour ou, au contraire, a pâti d'une instabilité dans le raisonnement. On peut se rendre compte que les affaires traitant des mesures provisoires prises dans le cadre de la contestation de la validité

[1552] Les deux renvois ayant donné lieu à un arrêt sont les affaires CJCE, 13 juillet 2006, aff. C-438/04, *Mobistar*, Rec. p. I-6675 ; *Télé 2 Communication*, *op. cit.* La troisième affaire a été radiée par ordonnance de la Cour en date du 19 mars 2007, aff. C-366/06, *DNA Verkot*, non publiée au Recueil.
[1553] *Mobistar*, *op. cit.*, pts 38-43.
[1554] *Télé 2 Communication*, *op. cit.*, pt. 16 et s.
[1555] V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 52, Cicéron classant le droit selon les « genres » puis les « espèces ».
[1556] Voir l'ouvrage d'introduction historique au droit de A. LECA, *Le code était presque parfait*, Paris, LexisNexis, 2013, 243 p.

d'un acte du droit de l'Union[1557] ou d'un acte de droit interne[1558] présentent un raisonnement empreint de constance depuis l'énonciation des critères essentiels[1559]. À l'inverse, la jurisprudence relative au relevé d'office est marquée par une instabilité notable. Qu'il s'agisse d'une sentence arbitrale devenue définitive, ou d'une décision juridictionnelle entrée en force de chose jugée, le juge interne, tantôt devra, tantôt pourra simplement relever d'office une violation du droit de l'Union. Cette jurisprudence, conséquence du diptyque *Peterbroeck* et *Van Schijndel*, impose en effet de tenir compte « *de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* »[1560], étant entendu que des justifications peuvent être apportées pour passer outre les exigences du critère d'effectivité[1561]. Malgré cela, la distinction entre procédures stables et instables pêcherait par manque de cohérence : la jurisprudence relative au respect de l'autorité de la chose jugée n'a jamais remis en question le paradigme selon lequel il s'agit d'une expression du principe de sécurité juridique et que donc le critère d'effectivité n'exige pas de passer outre, faisant montre d'une exceptionnelle stabilité dans le raisonnement[1562]. La Cour n'en a pas moins apporté plusieurs exceptions, qui interrogent alors sur la persistance du raisonnement originel[1563]. Il est donc particulièrement malaisé de déterminer si la jurisprudence en matière d'autorité de la chose jugée est stable ou non, car il faudrait par avance qualifier la stabilité au regard soit du raisonnement, soit du résultat de ce raisonnement.

524. Dans ces conditions, la variable qui nous semble guider l'ajustement de la compétence procédurale entre juridictions nationales et Cour de justice est l'état de l'environnement normatif de la procédure en cause. Dans un contexte peu contraignant, ou dans lequel le juge

---

[1557] *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.* ; *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft I*, *op. cit.*

[1558] *Factortame*, *op. cit.*

[1559] Pour les mesures provisoires prises dans le cadre de la contestation de la validité d'un acte des institutions de l'Union, l'arrêt CJCE, 6 décembre 2005, aff. jointes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *ABNA*, Rec. p. I-10423. applique les mêmes critères développés en 1990 et 1995. Dans le cadre de la contestation de la validité des actes de droit interne, l'arrêt *Križan e. a.*, *op. cit.* est là aussi un exemple d'application des critères « *Factortame* », vingt-trois ans après l'arrêt de principe.

[1560] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19.

[1561] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14 ; *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19. Ces justifications tiennent notamment à la protection des droits de la défense et au principe de la sécurité juridique et du bon déroulement de la procédure. Pour une application de la justification tenant à la protection des droits de la défense, voir *Heemskerk et Schaap*, *op. cit.*, pt. 47, au sujet de l'interdiction de la *reformatio in pejus*.

[1562] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pts 46-47, à propos d'une sentence arbitrale ; et *Kapferer*, *op. cit.*, pt. 21, à propos d'une décision juridictionnelle.

[1563] *Lucchini SpA contre MICA*, *op. cit.*, pt. 63, à propos d'une compétence exclusive de la Commission européenne ; *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pts 30-31, à propos du risque de répétition de l'illégalité ; ainsi que *Commission c. Italie (hôtellerie sarde)*, *op. cit.*, pt. 55, à propos de la mise en oeuvre des mesures provisoires de la jurisprudence *Zuckerfabrik*.

de l'Union n'a que peu de points de repère sur ce que pourrait être la « norme » juste – la durée d'un délai de forclusion, les règles du relevé d'office, notamment – on observe un balancement déséquilibré entre subsidiarité juridictionnelle maximale au profit des compétences procédurales nationales, et une centralisation poussée de ces compétences au profit de la Cour de justice (**Chapitre I**). À l'inverse, dans un contexte plus contraignant, aux enjeux parfois plus menaçants pour les rapports qu'entretient la Cour avec les juridictions nationales, ou pour le respect de ses propres compétences, l'ensemble apparaît soudainement cohérent, en plus d'être exigeant (**Chapitre II**). C'est dans ces derniers domaines que la Cour procède à une centralisation des compétences procédurales des États membres.

525. Ainsi ce caractère parcellaire, est lentement en train de faire apparaître un *jus commune* en matière de protection juridictionnelle des particuliers contre les État membres[1564].

[1564] R. CARANTA, « Judicial protection against member states: a new jus commune takes shape », *op. cit.*, p. 703.

CHAPITRE I – UN BALANCEMENT ENTRE COMPÉTENCE NATIONALE ET COMPÉTENCE DE L'UNION

526. Le degré d'harmonisation par le droit de l'Union est un des points de tension avec lesquels le juge de Luxembourg doit compter pour placer le curseur de la répartition de la compétence procédurale entre lui-même et le juge national. Ainsi, dans un contexte normatif peu exigeant et peu harmonisé, la Cour de justice a tendance à ne pas s'immiscer outre mesure dans les procédures nationales. Pour ce faire, elle laisse jouer le critère d'équivalence qui, à lui seul, ne permet pas à la Cour de préempter une modalité procédurale. C'est ainsi qu'en matière de relevé d'office et de limitation des effets dans le temps, deux domaines relativement absents du droit primaire et dérivé de l'Union, l'intervention de la Cour de justice est limitée à la stricte exigence de ne pas mettre en œuvre le droit du justiciable de manière discriminatoire. Toutes aussi dépourvues d'une réglementation éclairante, d'autres modalités procédurales relèvent encore largement de la compétence des États membres, mais ce fait s'explique aussi et surtout par le peu d'importance que certaines modalités représentent pour les rapports entre juges. La fixation du montant des intérêts en cas de répétition d'une taxe indument perçue ou versée est longtemps demeurée une question accessoire au remboursement de la somme au principal, qui suffisait alors à déclencher l'application du droit de l'Union et, le cas échéant, le renvoi préjudiciel. De même, l'existence d'une voie de droit est restée peu encadrée, le juge national ayant une ample marge de manœuvre, tant que le justiciable a la possibilité d'attaquer une décision de rejet de l'administration qu'il aurait provoquée, ce qui permettrait alors d'actionner le mécanisme préjudiciel[1565].

527. Le balancement entre les procédures strictement encadrées et celles qui le sont peu est donc le résultat de l'absence de droit dérivé ou d'un droit primaire exigeant. En l'absence de réglementation de l'Union dans un domaine déterminé, la Cour a donc une tendance à laisser jouer le critère de l'équivalence (**Section I**), tandis qu'elle considère que d'autres situations, également peu propices à un encadrement strict, ne sont pas prioritaires dans ses rapports avec le juge interne (**Section II**).

[1565] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 61. La Cour de justice, dans la même logique, limite également la marge de manoeuvre à la possibilité qu'il soit fait appel au recours en manquement.

Section 1 – La suffisance de l'exigence d'équivalence dans un contexte normatif faible

528. Le critère d'effectivité, comme nous l'avons vu[1566], est un critère à fort potentiel discrétionnaire. C'est avec lui que la Cour de justice module la répartition de l'exercice de la compétence procédurale, en fonction de son environnement normatif. Son utilisation réclame de la prudence, et pour cela une légitimité venue du droit de l'Union ou des traditions juridiques des États membres. La question du relevé d'office de la contrariété d'une disposition interne au droit de l'Union, et les modalités de limitation dans le temps des effets du droit de l'Union, ne bénéficient pas de cet environnement normatif favorable à un interventionnisme fort de la part de la Cour. Le Président du tribunal administratif de Bordeaux se pose ainsi la question d'une obligation générale du relevé d'office en cas de violation du droit de l'Union[1567], montrant ainsi en creux la flexibilité de la Cour sur ce point. Peu de droit dérivé y fait référence ou, le cas échéant, fait montre d'une exigence particulière, et les législations des États membres apparaissent notoirement variées[1568]. Face à cet état de droit, la Cour met en avant le critère de l'équivalence, qui lui ne nécessite, en apparence, qu'une analyse objective dans la comparaison des modalités applicables au droit interne et au droit de l'Union européenne. Les deux techniques procédurales du relevé d'office et de la limitation dans le temps des effets du droit de l'Union n'ont donc que peu subi les contraintes de la Cour de justice, nonobstant quelques exceptions dues au développement d'un droit dérivé exigeant dans certaines matières. Ces deux procédures sont donc un exemple de balancement déséquilibré. Les conditions du relevé d'office sont en effet relativement permissives (I), tandis que les effets dans le temps font l'objet d'une limitation erratique (II).

[1566] Voir Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 2.
[1567] H. CHAVRIER, « Neutralisation de l'illégalité par le juge national », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 238 et s.
[1568] Comme le soulignaient déjà dans leur rapport P. KARPENSTEIN et C. MAESTRIPIERI, « La restitution de taxes perçues indûment par l'État en droit communautaire », *in La restitution des taxes indûment perçues par l'État*, Genève, Études suisses de droit européen, 1976, p. 202.

I – Des conditions permissives du relevé d'office par le juge national

529. Dans un ordre juridique, un juge a la possibilité de faire valoir, en l'absence d'invocation par les parties ou en dehors des délais prévus, la contrariété d'une disposition avec les normes les plus élémentaires qui s'imposent à lui. Cette dérogation à l'autonomie des parties au procès est nécessaire pour remédier à la violation de droits particulièrement importants dans un État de droit. L'ordre juridique européen n'échappe pas à cette loi, sauf que le droit de l'Union n'a pas de définition de ce qu'est l'ordre public, souvent nécessaire au relevé d'office. La Cour de justice n'a pas plus aidé à en déterminer le contenu. Elle se réfère donc aux conceptions nationales de l'ordre public, pour exiger un traitement équivalent à l'égard du droit de l'Union européenne. Le domaine du relevé d'office est donc un domaine qui a fait la part belle au critère de l'équivalence[1569]. Du fait de la particularité de la législation en matière de protection des consommateurs, la Cour, se fondant toujours sur l'équivalence de protection, a construit au-dessus des exigences supplémentaires (A), car « l'infériorité du consommateur s'inscrit également dans le champ procédural »[1570]. Néanmoins, dans ce domaine et dans les autres, elle n'impose pas d'obligation absolue de relever d'office la contrariété d'une disposition nationale avec le droit de l'Union (B).

A. Un droit de l'Union peu exigeant

530. Le droit de l'Union n'impose pas d'obligation générale de relever d'office la contrariété avec les dispositions issues des traités. Néanmoins, la Cour de justice a exigé une telle obligation dans le domaine de la protection du consommateur, traditionnellement considéré dans une position de faiblesse par rapport à des cocontractants chevronnés (1). Ce n'est pourtant que la seule exception à l'absence d'obligation générale, que le Conseil d'État met en œuvre, alors que la Cour de cassation, elle, ouvre bien plus largement les possibilités de relever d'office la violation du droit de l'Union (2).

[1569] Comme l'écrit J. MOLINIER, dans ce domaine, et en dehors des exigences spécifiques de la directive sur les clauses abusives, « la Cour s'en remet au principe d'équivalence » : « Primauté du droit de l'Union européenne », *Répertoire communautaire Dalloz*, 2013, pt. 36.

[1570] MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « La CJUE, le relevé d'office et les droits de la défense », *JCP E*, n° 16, 18 avril 2013, p. 1226.

1. Une obligation en droit de l'Union pour la protection du consommateur

531. Deux textes de droit dérivé, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives contenues dans les contrats conclus avec les consommateurs, et la directive 87/107/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation[1571], ont permis au juge européen d'aller plus loin, sur un contentieux fourni : les clauses abusives au détriment des consommateurs. Une clause abusive peut être définie, au sens large, comme étant « une clause imposée par une partie en situation de position dominante à une autre partie en dépendance économique, provoquant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des deux partenaires »[1572]. La Cour de justice fait aujourd'hui obligation au juge interne de relever d'office une clause abusive contenue dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, lorsque la directive 93/13/CEE est applicable. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, il serait hasardeux de rechercher un arrêt de principe, tant la solution définitive a été élaborée par à-coups. L'on pourrait alors dire que les arrêts qui forment cette position de principe sont les arrêt *Mostaza Claro* du 26 octobre 2006 et *Pannon GSM* du 4 juin 2009. Dans le premier, la Cour a reconnu que la directive 93/13/CEE fait obligation au juge interne de relever d'office la contrariété d'une clause abusive avec le droit communautaire, lorsque le défendeur a lui-même invoqué sa nullité, mais à un stade de la procédure qui ne le lui permettait pas[1573]. Le second arrêt est d'une importance qualitative plus marquée, car la Cour oblige désormais le juge interne à relever d'office l'illégalité d'une clause abusive même en l'absence d'action en ce sens du consommateur[1574]. Dans les deux cas, ce sont des contrats d'abonnement à une ligne téléphonique qui sont à l'origine du litige, rendant indéniable la part prise, malgré elles, par les sociétés de téléphonie mobile à l'évolution de ce point de contentieux.

532. L'arrêt *Pannon GSM* du 4 juin 2009 est sans doute le plus important. Dans cette affaire, une compagnie hongroise de téléphonie mobile avait inséré dans un contrat d'abonnement une clause attribuant la compétence territoriale au tribunal du ressort du siège de la compagnie. Évidemment, comme tout contrat d'abonnement téléphonique, une telle clause n'avait pas fait l'objet d'une négociation avec le preneur de service, le consommateur. Cependant, les faits et

---

[1571] Respectivement, la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, *JOCE* n° L95 du 21/04/1993, p. 29 ; et la directive 87/107/CEE du Conseil du 22 décembre 1986, *JOCE* n° L42 du 12/2/1987, p. 48.
[1572] D'après la définition de G. RAYMOND, « Clauses abusives », *JCl Concurrence - Consommation*, 2012, Fasc. 820, pt. 2, largement inspirée de la définition de l'article 3 de la directive 93/13/CEE.
[1573] *Mostaza Claro*, *op. cit.*, pt. 39.
[1574] *Pannon GSM*, *op. cit.*, pt. 30, où la Cour renvoi à l'arrêt *Cofidis SA* et à l'absence d'invocation du caractère abusif de la clause par le consommateur. Voir l'arrêt *Cofidis SA*, *op. cit.*, pt. 34.

la spécificité de la procédure vont faciliter une prise de position claire de la Cour de justice en faveur d'une obligation de relever d'office l'illégalité de la clause attributive de compétence. Du point de vue factuel, l'abonné au service de téléphonie, qui ne s'était pas acquitté de toutes ses factures, s'était vu imposer une injonction de payer par le tribunal municipal de la ville de Budaörs, territorialement compétent conformément au contrat d'abonnement. Or l'abonné réside dans la ville de Dombegyhàz, qui se trouve à 275 kilomètres de la ville du ressort du tribunal ayant statué, à laquelle elle est particulièrement mal reliée par les transports en commun. À cela s'ajoute le fait que l'abonné perçoit une pension d'invalidité, et a donc certainement des difficultés pour se déplacer. Du point de vue procédural, le juge a l'obligation, et non seulement la possibilité, de relever d'office l'illégalité d'une clause abusive contenue dans un tel contrat. Le problème ici est que cette obligation se mue en interdiction aussitôt que le défendeur a déposé son mémoire en défense. C'est bien cette interdiction qui fait l'objet d'une question préjudicielle du juge hongrois. La Cour ne se limite pas ici à rappeler l'arrêt *Mostaza Claro* par lequel il commandait de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle[1575], car les faits au principal diffèrent quelque peu : en l'espèce, la défenderesse n'a pas invoqué ni tenté d'invoquer l'illégalité de la clause contenue dans le contrat d'abonnement. La Cour fait là obligation au juge de renvoi de relever d'office le caractère abusif d'une clause d'attribution de compétence territoriale abusive, et ce dans les mêmes conditions que dans l'affaire *Mostaza Claro*[1576]. La puissance normative de la directive 93/13 est donc remarquable. Son respect, et plus particulièrement l'interdiction renforcée des clauses abusives, a permis au juge de Luxembourg de lui donner une interprétation très contraignante pour la procédure nationale du relevé d'office. Cela démontre les potentialités du critère d'effectivité de la protection qui, adossé à une directive exigeante et face à des droits nationaux acceptant très largement la procédure du relevé d'office, se transforme en arme uniformisatrice particulièrement redoutable. Or, tout le droit de l'Union, loin s'en faut, ne dispose pas de l'équivalent de la directive 93/13.

2. Une obligation élargie en droit interne français

533. En droit de la consommation, le droit interne français a partiellement précédé la jurisprudence de la Cour de justice datant du célèbre arrêt *Océano Grupo* du 27 juin 2000[1577],

[1575] *Mostaza Claro*, *op. cit.*, pt. 38.
[1576] *Pannon GSM*, *op. cit.*, pt. 32.
[1577] *Océano Grupo*, *op. cit.* S. AUGI, F. BARATELLA, *The European Legal Forum*, 2001, p. 83-91 ; L. BERNARDEAU, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, p. 261-281 ; M. CARBALLO-FIDALGO, G. PAISANT, *JCP G.*, 2001, II, 10513 ; S. HOURDEAU, *LPA*, 2001, n. 146, p. 27-31 ; M. VAN

puisque la loi du 1er février 1995 avait déjà inséré dans le code de la consommation le caractère d'ordre public de l'interdiction des clauses abusives[1578]. Il a cependant fallu attendre 2008 pour que le relevé d'office soit ouvert à l'ensemble des disposition du code de la consommation, dont les clauses abusives contenues dans les contrats conclus avec les consommateurs[1579]. Auparavant, c'est la Cour de justice qui avait dû forcer le relevé d'office pour les seules clauses abusives. La question préjudicielle avait alors été posée par le tribunal d'instance de Vienne, dans une affaire *Cofidis SA*, qui souhaitait savoir si la forclusion d'un délai de deux ans opposée à un preneur de crédit qui a tardivement invoqué le caractère abusif d'une clause permet ou oblige le juge de se saisir d'office de cette irrégularité. La Cour de justice avait alors répondu par la positive, en estimant que « *la fixation d'une limite temporelle au pouvoir du juge d'écarter, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, de telles clauses est de nature à porter atteinte à l'effectivité de la protection voulue par les articles 6 et 7 de la directive* »[1580]. Aujourd'hui, l'article L 141-4 du code de la consommation qui donne au juge la possibilité de relever d'office la présence d'une clause abusive respecte le critère d'équivalence, car cette disposition ne différencie pas selon qu'il s'agit de droit interne ou de droit de l'Union. Cela explique alors la quasi absence de renvoi préjudiciel en interprétation de la part de juridictions françaises. À l'exception notable, toutefois, de la distinction en droit interne, devant la juridiction de l'ordre judiciaire, entre règles d'ordre public de direction, « *prises dans l'intérêt général et qui peuvent être relevées d'office par le juge* », et celles relevant de l'ordre public de protection, « *prises dans l'intérêt d'une catégorie de personnes et qui ne peuvent être opposées que par les personnes appartenant à cette catégorie* ». La Cour a

---

HUFFEL, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2003, p. 79-105 ; G. JAZOTTES, M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO, *RTD com*., 2001, p. 291-294 ; C. MASQUEFA, « Décisions en clair-obscur (CJCE, 27 juin 2000 et Cass., 1re civ., 15 févr. 2000) », *JCP E*., 2001, p. 23-25 ; T. DE MEESE, *Revue de droit commercial belge*, 2000, p. 669-670 ; J. RAYNARD, *RTD civ*., 2000, p. 939-943 ; J. STUYCK, *CMLR*, 2001, p. 719-737 ; S. WHITTAKER, *The Law Quarterly Review*, 2001, p. 215-220.

[1578] Loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, intégrant à l'article L 132-1 du code de la consommation la phrase « Les dispositions du présent article sont d'ordre public ».

[1579] L'article L 141-4 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dispose que « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». À son second alinéa, le même article, au risque de la répétition, précise depuis la loi 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, s'il le fallait que le juge « écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

[1580] *Cofidis SA*, *op. cit.*, pt. 35. La Cour ajoute qu' « *il suffit en effet aux professionnels, pour priver les consommateur du bénéfice de cette protection, d'attendre l'expiration du délai fixé par le législateur national pour demander l'exécution des clauses abusives qu'ils continueraient d'utiliser dans les contrats* ».

alors jugé que le juge interne devait pouvoir relever d'office lui-même l'irrégularité[1581]. Cette dichotomie n'existe pas en droit public devant les juridictions de l'ordre administratif, puisque tous les moyens d'ordre public doivent être soulevés d'office[1582].

534. En droit civil, le risque de contrariété au droit de l'Union est relativement circonscrit, car l'article 12 du code de procédure civile précise que dans un litige, le juge doit retenir les règles « qui lui sont applicables », « et non celles que lui ont indiquées les parties »[1583]. Ainsi, le large rôle attribué au juge lui permet, avant de statuer, de « 'faire le tour de la question', jusqu'à ce qu'il ait découvert la règle adéquate ou se soit assuré qu'aucune des règles possibles ne trouvait son support dans les faits allégués »[1584]. En définitive, pour les juridictions de l'ordre judiciaire, B. Genevois observait « qu'aussi bien la chambre sociale de la Cour de cassation que la chambre commerciale font de la violation du droit communautaire une question d'ordre public »[1585]. De manière générale, la Cour de cassation, qui fait montre d'une certaine souplesse dans ce domaine, considère largement son office de juge du droit de l'Union, car elle avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice sans même que le droit communautaire soit invoqué par les parties[1586].

535. Pour le juge administratif, le droit de l'Union « ne bénéficie pas sur le plan procédural d'un régime spécifique au regard de la notion de moyen d'ordre public »[1587]. En effet, depuis l'arrêt *SA Morgane* du 11 janvier 1991, le Conseil d'État a reconnu, ainsi que le fera plus tard la Cour de justice dans l'arrêt *Van der Weerd*, que la violation du droit communautaire n'a pas à être soulevée d'office par le juge[1588]. Le juge administratif semble alors sur une ligne plus restrictive que le juge judiciaire, sans doute parce que ce dernier a été incité par le législateur à plus d'interventionnisme, notamment en droit de la consommation. La cour administrative

---

[1581] *Rampion*, *op. cit.*, pts 58 et 69, sur renvoi du tribunal d'instance de Saintes.
[1582] R. ROUQUETTE, *Petit Traité du procès administratif*, Dalloz, 9e éd., p. 554.
[1583] J. HÉRON ET T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5e éd., 2012, p. 228.
[1584] J. NORMAND, « Principes directeurs du procès. Office du juge », *JCl. Proc. civ.*, sept. 2014, para. 49.
[1585] B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2009, p. 201. Il cite alors l'arrêt Cass. Soc., 5 juin 2001, Bull. civ. n° 208, dans lequel la chambre sociale a relevé d'office le moyen tenant à la violation d'un règlement communautaire, l'arrêt et Cass. Com., 31 mars 2004, *Bull. civ*. n° 66, en matière de libre circulation des marchandises.
[1586] Cass. com., 4 janvier 1994, pourvoi n. 91-18964, *Dubois et Garonor*, à propos de taxes d'effet équivalent, et ayant donné lieu à un arrêt de principe de la Cour de justice sur les taxes émanant d'une convention entre particuliers, l'arrêt CJCE, 11 août 1995, aff. C-16/94, *Dubois et Garonor*, Rec. p. I-2432.
[1587] A. RIGAUX ET D. SIMON, *Europe*, février 1996, comm. 57, p. 8.
[1588] CE, 11 janvier 1991, req. n. 90995, *SA Morgane*, B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 201.

d'appel de Paris a toutefois dégagé en 2005 l'obligation pour le juge national de soulever d'office le moyen tiré de la violation par le droit interne d'une directive communautaire exhaustive et précise[1589]. Cette solution amène inexorablement à penser à la jurisprudence de la Cour de justice issue de l'arrêt *Köbler* rendu moins de deux ans auparavant, et qui permet d'engager la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union du fait des décisions juridictionnelles[1590]. En relevant d'office une violation du droit de l'Union, le juge administratif éviterait ainsi de se retrouver dans la situation délicate d'avoir à essuyer une mise en cause ultérieure par un particulier, lorsque celui-ci n'avait pas lui-même, au cours de la procédure invoqué cette violation. Cette solution rejoindrait alors la position assumée par le Commissaire du gouvernement M.-D. Hagelsteen dans l'affaire *SA Morgane* qui, sans être suivie par le Conseil d'État, appelait à relever d'office le moyen tiré d'un changement dans les circonstances de droit, en l'espèce l'adoption d'une directive[1591]. Il faut relever cependant que le Conseil d'État persiste à dire, dans un arrêt rendu le 3 décembre 2014 par les 3e et 8e sous-sections réunies que « *le moyen tiré de la méconnaissance par le droit interne des dispositions d'une directive communautaire ou, désormais, de l'Union européenne ne constitue pas un moyen d'ordre public qu'il appartiendrait au juge de relever d'office* »[1592], nonobstant l'insistance de la cour administrative d'appel de Paris[1593]. Il est vrai, en soutien à la position de la cour administrative d'appel de Paris, que l'arrêt *Van der Weerd* n'exige pas de soulever d'office un moyen tiré du droit de l'Union, mais, il faut le souligner, seulement lorsque « *les parties ont une véritable possibilité de soulever un moyen fondé sur le droit communautaire devant une juridiction nationale* »[1594]. Le Conseil d'État devrait alors sans doute être moins catégorique dans son affirmation, et s'assurer qu'un tel recours aurait été possible, l'incohérence entre les jurisprudences administrative et de la Cour de justice ayant pu être soulevée[1595], et des arguments en faveur du relevé d'office ayant été développés en 1995 par C. Haguenau-Moizart

---

[1589] CAA Paris, 2e ch. A, 1er juin 2005, req. n° 00PA03825, *Julien*, P. TROUILLY, *AJDA,* 2005, p. 1948, dans lequel la cour invoque la sixième directive du Conseil des communautés européennes du 17 mai 1977. Voir aussi précédemment l'arrêt CAA Paris, 23 mars 1995, *Comité national interprofessionnel de l'horticulture*, *Europe,* n° 9, octobre 1995, comm. 332 et 362.

[1590] *Köbler*, *op. cit.*, pt. 48.

[1591] M.-D. HAGELSTEEN, « Le juge doit-il soulever d'office l'incompatibilité d'un texte avec une directive communautaire ? », *RFDA*, 1991, p. 654.

[1592] CE, 3 décembre 2014, req. n° 367822.

[1593] Dans cette affaire, en effet, il était reproché au juge d'appel d'avoir relevé d'office le moyen tenant à la violation d'une directive de l'Union européenne : CAA, Paris, 7 février 2013, n° 11PA00070.

[1594] *van der Weerd*, *op. cit.*, pt. 41.

[1595] L. COUTRON, « Rapport introductif », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 23. La critique portait essentiellement sur la cohérence avec l'arrêt *Peterbroeck*, *op. cit.* Voir également D. SIMON, « Directive », *JCl. Europe Traité*, mars 2012, pt. 65.

dans sa thèse sur l'application effective du droit communautaire en droit interne[1596]. Au demeurant, la Cour de justice dit depuis 1965 que la procédure du renvoi préjudiciel est une procédure « *étrangère à toute initiative des parties* »[1597].

B. L'absence d'une obligation généralisée

536. Les normes qui peuvent ou doivent faire l'objet d'un relevé d'office par le juge interne sont des normes le plus souvent considérées en droit national comme étant d'ordre public. Or, l'absence d'une notion autonome de l'ordre public européen freine la Cour de justice dans l'obligation qu'elle peut imposer au juge interne, l'incitant à la prudence[1598]. En effet, selon l'ordre juridique en cause, une norme d'ordre public pourra être de nature différente[1599]. Ces éléments de droit interne reconnus par la Cour sont donc tant des modalités procédurales nationales (1), que des justifications invoquées par les États membres tenant à la protection de certains principes (2).

1. Les limites tenant aux modalités procédurales nationales

537. Les juges de Luxembourg admettent, dans deux situations précises, que le juge interne ne soit pas tenu de relever d'office l'illégalité d'une disposition interne avec le droit de l'Union, alors qu'il aurait normalement dû y être contraint. Ces deux limites sont l'opposition du consommateur à ce relevé d'office, d'une part (a), et la forclusion de délais de recours, d'autre part (b).

a. L'opposition du consommateur

538. Il a été vu précédemment que le critère de l'équivalence pouvait être d'un recours utile. Le critère d'effectivité, lui, ne vient qu'en appui de ce premier critère, lorsque le droit dérivé est suffisamment contraignant pour permettre à la Cour de justice d'exiger du juge interne de relever d'office. L'exemple de la directive 93/13/CE en matière de protection des

---

[1596] C. HAGUENAU-MOIZARD, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, *op. cit.*, p. 168-169.
[1597] CJCE, 9 décembre 1965, aff. 44/65, *Hessische Knappschaft*, Rec. p. 1191.
[1598] F. PICOD, « Pédagogie et persuasion », *op. cit.*, p. 54.
[1599] En France, en ce qui concerne la compétence territoriale du juge, la règle varie selon la nature du contentieux : en matière administrative, l'article R. 322-3 du code de justice administrative en fait une question d'ordre public dont la méconnaissance doit être relevée d'office par le juge. S'il en va de même en matière pénale, la solution est différente en matière civile, commerciale et sociale, où les règles relatives à la compétence territoriale sont d'ordre public seulement si la clause contractuelle est abusive. Le juge saisi devra alors se déclarer d'office incompétent, conformément à l'article 93 du code de procédure civile.

consommateurs était en cela tout à fait révélateur. Or, lorsqu'aucune norme de même intensité n'est présente, le fait que le juge officie dans un domaine de compétence exclusive de l'Union se heurte au problème initial de l'absence de notion autonome de l'ordre public. Ainsi, si la Cour de justice rappelle que le juge national est tenu de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dans l'arrêt *Pannon*[1600], c'est pour rapidement poser les limites de cette obligation générale. La première tient au principe d'autonomie des parties au procès. La Cour considère en effet que le juge qui a l'intention de relever d'office la contrariété d'une clause avec le droit de l'Union doit céder en cas d'opposition du consommateur[1601]. L'attitude de la Cour de justice n'est pas nouvelle en la matière. Déjà, dans l'arrêt *van Schijndel et van Veen* du 14 décembre 1995, avait été reconnu l'importance de la passivité du juge dans le choix des moyens apportés par les parties à l'instance. La modalité procédurale n'est certes pas la même, car il s'agit dans le premier cas d'une opposition d'une partie à l'invocation par le juge d'un moyen nouveau, alors que dans le second cas il s'agit des limites de l'invocation par le juge d'un moyen nouveau non apporté par les parties. Dans ce second cas de figure donc, et au nom du respect du principe selon lequel l'initiative du procès appartient aux parties, le juge ne peut ajouter d'office un moyen nouveau que « *dans des cas exceptionnels où l'intérêt public exige son intervention* »[1602]. La limite au relevé d'office dans les deux cas de figure ici présentés paraît cohérente. Les droits procéduraux nationaux partagent largement cette conception du procès relative à la nécessaire passivité du juge, si bien que la Cour ne pouvait l'anéantir sans porter atteinte à un principe cardinal de la procédure des États membres[1603]. Cette solution est d'autant plus compréhensible que ce sont les droits de la défense et le bon déroulement de la procédure qui sont en jeu ici, dont le principe susmentionné est l'expression.

b. Les délais de recours à peine de forclusion

539. La seconde limite tient à l'existence de délais de recours à peine de forclusion dans lesquels le consommateur avait la possibilité d'invoquer l'illégalité de la clause contractuelle. Il est constant que la jurisprudence de la Cour reconnaît la validité de délais de recours à peine

[1600] *Pannon GSM*, *op. cit.*, pt. 32 ; mais aussi *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 32.
[1601] *Pannon GSM*, *op. cit.*, pt. 33. La Cour dit en substance que « *le juge national n'est toutefois pas tenu, en vertu de la directive, d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant* ».
[1602] *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 21. Voir également l'arrêt *van der Weerd*, *op. cit.*, pt. 35.
[1603] La Cour de justice le dit elle-même : « *Ce principe met en œuvre des conceptions partagées par la plupart des États membres quant aux relations entre l'État et l'individu* », *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 21.

de forclusion dans l'intérêt de la sécurité juridique[1604]. Ainsi, lorsque le consommateur avait non seulement la possibilité d'invoquer l'illégalité d'une clause, mais aussi d'exercer un recours contre la sentence arbitrale qui lui était défavorable, et alors même qu'il n'a pas participé à la procédure arbitrale, le juge ne peut être tenu de relever d'office la contrariété de la clause contractuelle[1605]. Cette absence d'obligation est posée par la Cour de justice après qu'elle a estimé que les délais offerts au consommateur pour contester la sentence arbitrale étaient raisonnables[1606]. Obliger le juge de renvoi à relever d'office l'illégalité de la clause revenait alors à affaiblir le rôle joué par la fixation des délais, qui sont censés protéger à la fois le consommateur et le professionnel avec qui il contracte[1607]. La Haute juridiction a-t-elle voulu éviter, ainsi, de revenir sur sa jurisprudence qui considère qu'un délai de deux mois peut être conforme au droit de l'Union[1608] ? Si dans l'arrêt *Peterbroeck* du 14 décembre 1995 la Cour a jugé qu'un tel délai enfreignait le critère d'effectivité, c'est à cause de particularités de la procédure néerlandaise qui, combinées à ce délai, restreignaient de façon drastique les possibilités pour le justiciable d'invoquer l'illégalité de la clause contractuelle[1609]. Or, ces modalités procédurales ne se retrouvent pas dans les règles du procès espagnol dans le cas *Asturcom*. La « *passivité totale* » du consommateur évoquée par la Cour pour refuser d'imposer au juge interne un relevé d'office qui viendrait lui « *suppléer intégralement* » n'est donc pas le cœur de la justification de cet infléchissement de l'obligation posée quelques mois auparavant dans l'arrêt *Pannon GSM*. Cette justification doit être lue en combinaison avec le contexte procédural interne, lui-même comparé au contexte procédural des affaires antérieures. Il ne peut

---

[1604] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 41. Voir en premier lieu les arrêts *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5 ; et *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 18. Sur la sécurité juridique, voir M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996, Hors-série, pp. 178-184.

[1605] Le juge interne ne peut « *suppléer intégralement à la passivité totale du consommateur concerné qui, tel que la défenderesse au principal, n'a ni participé à la procédure arbitrale ni introduit une action en annulation contre la sentence arbitrale devenue de ce fait définitive* » : *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 47, rappelé dans l'arrêt CJUE, 10 septembre 2014, aff. C-34/13, *Kušionová*, n. e. p., pt. 56.

[1606] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 46. En l'espèce il s'agissait d'un délai de recours de deux mois contre la sentence arbitrale, à partir du moment de la notification de la décision.

[1607] Si la Cour n'emploie pas ces termes-là en matière de protection des consommateurs, nous renvoyons, par analogie, à sa formule : « *qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernée* », utilisée en matière de répétition de l'indu, notamment dans l'arrêt *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5, qu'elle cite dans l'arrêt que nous commentons.

[1608] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 16 ; la Cour fait référence à cet arrêt au point 43 de l'arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*

[1609] Il est notamment relevé que seul le juge d'appel serait susceptible de relever d'office la clause abusive, et que le délai de 60 jours pour déposer des moyens nouveaux commence à courir avant même que le justiciable ait connaissance des moyens invoqués par l'administration : *Peterbroeck*, *op. cit.*, pts 17-20.

être ignoré que la Cour procède à un balancement entre deux principes à portée procédurale : l'un, le principe de primauté du droit de l'Union, fortement ancré dans l'ordre juridique européen, et reconnu par le juge interne ; et l'autre, le principe de sécurité juridique, fortement ancré dans les ordres juridiques nationaux, et reconnu par la Cour de justice. Au demeurant, il n'était pas nécessaire, dans cet arrêt *Asturcom*, de donner au critère d'effectivité une portée qui viendrait affaiblir démesurément la sécurité juridique, car l'application du critère de l'équivalence a permis de détecter une discrimination procédurale entre l'application du droit interne et l'application du droit de l'Union européenne. Par conséquent, le juge de renvoi doit relever d'office l'illégalité de la clause abusive[1610].

2. Les limites tenant aux justifications invoquées par les États membres

540. D'autres occasions ont poussé la Cour à renoncer à imposer au juge interne de relever d'office l'illégalité d'une disposition nationale avec le droit de l'Union. Il s'agit de la protection des droits de la défense, d'une part (a), et la protection de la sécurité juridique et de la confiance légitime, d'autre part (b).

a. La protection des droits de la défense

541. Trop liée par la définition nationale de l'ordre public, la Cour de justice ne peut que reconnaître les autres principes de droit interne qui entrent alors en conflit avec le droit de l'Union, afin de ne pas anéantir l'équilibre des règles du procès interne. En reconnaissant la validité de ces principes de droit interne, la Cour accepte de les élever au rang de justification corrective de la violation du critère d'effectivité. Ces principes sont la protection des droits de la défense, de la sécurité juridique et de la confiance légitime. La Cour de justice procède ici à une mise en place timide mais certaine d'une possibilité offerte à l'État membre de justifier une modalité procédurale qui ne respecte pas pleinement l'application effective du droit de l'Union. Cet arrêt ne fait donc pas montre d'une protection particulière de l'autonomie procédurale des États membres[1611], mais assure le respect des droits fondamentaux qu'elle reconnaît, tels les

[1610] En l'espèce le juge national a la possibilité de relever d'office les règles d'ordre public, et l'article 6 paragraphe 1 de la directive 93/13/CEE « *constitue une disposition à caractère impératif* » équivalente à une règle d'ordre public en droit interne. Le juge national a donc l'obligation de relever d'office la contrariété de la clause à la directive, dans les mêmes conditions procédurales que pour le relevé d'office des règles d'ordre public de droit interne : *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pts 51-54. Cette possibilité transformée en obligation est conforme à la jurisprudence *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pts 13-14.

[1611] Comme le dit S. Cazet, « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt Heemskerk », *op. cit.*, qui écrit que « la jurisprudence est clairement

droits de la défense, dont l'interdiction de la *reformatio in pejus* est une des expressions. Mais chronologiquement, la première affaire par laquelle a été avancée la possibilité de justifier une atteinte aux critères d'encadrement fut l'affaire *van Schijndel* du 14 décembre 1995.

542. Dans les faits, était en jeu le pouvoir du juge national d'apprécier d'office la compatibilité d'une règle de droit national avec les dispositions du traité relatives à l'interdiction des ententes entre entreprises et des abus de position dominante. La Cour de justice estime dans un premier temps que dès que, en vertu du droit national, les juridictions peuvent ou doivent « *soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle interne de nature contraignante, qui n'auraient pas été avancés par les parties, une telle obligation s'impose également, s'agissant des règles communautaires contraignantes* » telles celles issues des articles 101 et 102 TFUE (ex 85 et 86 CEE)[1612]. Dans un second temps, la Cour tempère cette obligation contraignante en acceptant la violation du critère d'effectivité si les droits de la défense, le critère de la sécurité juridique ou le bon déroulement de la procédure le justifient[1613]. En l'espèce, l'impossibilité de relever d'office est justifiée par « *le principe selon lequel l'initiative d'un procès appartient aux parties* », critère qui « *protège les droits de la défense et assure le bon déroulement de la procédure* »[1614].

b. La protection de la sécurité juridique et de la confiance légitime

543. Dans la seconde affaire, l'arrêt *Heemskerk* du 28 novembre 2008, était en cause le montant de la restitution à l'exportation prévue par la réglementation de l'Union en matière de bien être des animaux de l'espèce bovine en cours de transport. Sans vouloir entrer dans les détails de cette affaire, il faut préciser, pour la compréhension de la situation, qu'il s'agissait en fait du transport par bateau de génisses gestantes au départ des Pays-Bas et à destination du Maroc. L'exportation de ces génisses a fait l'objet d'une restitution à l'exportation, conformément à l'organisation commune des marchés dans le secteur de la viande bovine. Or, *a posteriori*, l'autorité nationale chargée du paiement de cette restitution a constaté que le

orientée vers le primat de l'autonomie procédurale des États membres au détriment de la primauté du droit communautaire », pp. 4-5.

[1612] Il s'agit de la première question préjudicielle : *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 13.

[1613] Il s'agit ici de la seconde question préjudicielle : *Ibid.*, pts 19-21.

[1614] *Ibid.*, pt. 21. Le paragraphe de l'arrêt est ainsi rédigé : « *Cette limitation est justifiée par le principe selon lequel l'initiative d'un procès appartient aux parties, le juge ne pouvant agir d'office que dans des cas exceptionnels où l'intérêt public exige son intervention. Ce principe met en œuvre des conceptions partagées par la plupart des États membres quant aux relations entre l'État et l'individu, protège les droits de la défense et assure le bon déroulement de la procédure, notamment, en la préservant des retards inhérents à l'appréciation des moyens nouveaux* ». Voir également, pour une solution identique, *van der Weerd*, *op. cit.*, pts 33-38.

bateau souffrait d'une surcharge de 62 génisses gestantes, selon la réglementation de l'Union sur le bien être des animaux. L'autorité a donc demandé le remboursement d'une partie de la restitution, correspondant aux 62 animaux en excédant qui n'auraient jamais dus être embarqués dans ce port de Moerdijk. Les sociétés d'exportation décident alors d'introduire un recours à l'encontre de cette décision Au cours de la procédure, le juge administratif soutient qu'il doit faire application d'office de deux règlements communautaires non invoqués par les requérantes. Or, l'application desdits règlements pourrait avoir pour effet d'aggraver le montant du remboursement dû par les sociétés exportatrices. Cette conséquence ne serait pas acceptable pour le juge interne, car il violerait alors le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus*, principe selon lequel « *la personne introduisant un recours ne peut se trouver dans une position plus défavorable que celle dans laquelle elle se trouverait en l'absence de recours* »[1615]. Ce principe de droit interne vient donc frontalement remettre en question la bonne application de la réglementation communautaire, étant entendu qu'en pareille situation, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que le juge néerlandais doit relever d'office la contrariété de la décision de l'autorité publique avec le droit de l'Union.

544. La réponse de la Cour de justice est univoque : le juge n'a pas à exercer le relevé d'office lorsque celui-ci porterait atteinte à certains principes, qui peuvent être présentés en deux catégories. La première est le respect de principes du droit interne néerlandais, qui sont la protection des droits de la défense, de la sécurité juridique, et de la confiance légitime[1616]. Pour le juge de renvoi, l'interdiction de la *reformatio in pejus* est une exigence portée par ces trois principes. La Cour de justice accepte volontiers cette interprétation. La seconde catégorie est le respect, selon nous, d'un certain degré de protection juridictionnelle du requérant. La Cour affirme en effet qu'en l'absence d'interdiction de la *reformatio in pejus*, le requérant pourrait être dissuadé d'exercer un recours contre l'acte lui faisant grief, car il risquerait de se retrouver, à l'issue de cette procédure, dans une « *position plus défavorable que celle dans laquelle il se trouverait s'il s'était abstenu d'exercer ce recours* »[1617]. C'est, nous l'aurons remarqué, précisément la situation que l'interdiction de la *reformatio in pejus* tend à éviter. Il y a également un début de confusion entre les justifications que les États membres peuvent puiser dans leurs principes de droit interne, et cette justification ici qui semble être commune aux États membres et à l'Union européenne : ne pas être dissuadé d'exercer un recours, autrement dit, bénéficier d'une protection juridictionnelle effective. Il serait sans doute exagéré d'affirmer, de

[1615] *Heemskerk et Schaap*, *op. cit.*, pts. 44 et 46.
[1616] *Ibid.*, pt. 47.
[1617] *Ibid.*, pt. 47.

façon péremptoire, que la Cour de justice vise-là le principe bien connu de protection juridictionnelle effective, car elle n'y fait pas directement référence. Néanmoins, il peut être permis de s'interroger sur les rapprochements entre l'interdiction de la *reformatio in pejus* et la nécessité pour l'État membre de sécuriser un droit au juge pour le justiciable lésé par un acte administratif lui faisant grief.

545. La question de la faculté ou de l'obligation pour le juge national de relever d'office la violation du droit de l'Union n'est pas très éloignée de celle de l'imposition de délais de recours à peine de forclusion, comme l'ont montré les arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* du 12 décembre 1995[1618]. À la forclusion du délai, il n'y a guère plus que le juge pour relever l'illégalité d'une disposition nationale.

II – Une limitation erratique des effets dans le temps

546. En matière de computation du délai pour la réclamation d'un droit issu du droit de l'Union, la Cour protège sa compétence exclusive : elle seule peut limiter dans le temps les effets d'une décision préjudicielle rendant inopposable une disposition nationale contraire au droit de l'Union[1619]. Comme le dit J. Petit, « l'acte déclaratif se borne à reconnaître un état de droit (ou de fait) préexistant, il ne le créé pas »[1620]. Pourtant, conférer un effet à la norme de l'Union telle qu'interprétée par la Cour dès le moment de son entrée en vigueur est soumis à la condition que « *les modalités procédurales nationales des recours en justice, tant de fond que de forme, aient été respectées* »[1621]. On pourrait alors penser que la Cour ne se préoccupe pas des délais requis pour demander l'application de sa jurisprudence devant le juge interne. La réalité est nettement plus nuancée, les juges de Luxembourg s'étant attachés à morceler cette jurisprudence afin d'en moduler les effets.

547. Il est difficile pourtant de considérer que la jurisprudence de la Cour sur la question de la limitation dans le temps des effets du droit de l'Union est une jurisprudence qui bouleverse l'ordre établi. Est-il d'ailleurs vraiment nécessaire de faire chavirer les procédures nationales en la matière ? Il faut reconnaître en effet aux États membres le privilège de l'âge et donc de

---

[1618] *Peterbroeck*, *op. cit.*, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*

[1619] CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrenne II*, Rec. p. 456. La CEDH fait de même (ex. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série 1, n° 31, GACEDH, 5ème éd., Thémis PUF, n° 42 ; voir aussi CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Série A, n° 45, GACEDH, n° 37. D. SIMON, « Les juges européens et le droit de la transition », *in Repenser le « droit transitoire »,* Paris, Dalloz, 2010, p. 77.

[1620] J. PETIT, « La rétroactivité du procès », *in La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Économica, 2012, p. 3.

[1621] Voir notamment *Edis*, *op. cit.*, pt. 17.

l'expérience. La limitation des effets dans le temps s'opérant essentiellement par la fixation de délais de recours à peine de forclusion (A) et par la limitation dans le passé des effets des actions en justice (B), il revient à la Cour saisie à titre préjudiciel de déterminer si un délai est raisonnable, ou si la limitation des effets rétroactifs du droit de l'Union ne rend pas excessivement difficile ni pratiquement impossible l'exercice de leurs droits par les justiciables.

A. Les délais de forclusion relevant de la compétence nationale

548. La Cour a plutôt eu tendance dans la majorité des cas à laisser jouer le critère de l'équivalence[1622], lorsque les délais pour les recours sur le fondement du droit interne étaient suffisants (1), cette application de l'équivalence permettant, grâce à la prise en compte du contexte telle qu'imposée formellement depuis les arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* de 1995, de s'assurer de la protection de l'administration et du contribuable de manière comparable (2).

1. Une durée libre dans un contexte normatif faible

549. Avant tout, il convient de préciser que, pour la Cour, un délai de recours à peine de forclusion respecte le critère d'effectivité dès lors qu'il est raisonnable[1623]. De même, il peut être rendu nécessaire pour le respect de la sécurité juridique. L'absence de délai permettrait en effet de remettre en cause indéfiniment la situation fiscale de l'assujetti[1624]. L'intérêt est donc de déterminer si un délai de recours à peine de forclusion, bien que nécessaire au principe général de sécurité juridique, est considéré comme raisonnable. Une étude de l'ensemble des affaires dans lesquelles l'institution de Luxembourg a eu à évaluer la durée d'un délai interpelle l'observateur sur sa mansuétude. Dans l'immense majorité des cas, le critère d'effectivité ne s'est pas opposé au délai national permettant d'exercer un recours, qu'il soit de trois ans[1625], de

[1622] P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU law : texts, cases and materials*, *op. cit.*, p. 325.
[1623] *Fantask*, *op. cit.*, pt. 48 ; CJCE, 17 novembre 1998, aff. C-228/96, *Aprile Srl*, Rec. p. I-7141, pt. 19 ; *Roquette Frères*, *op. cit.*, pt. 23 ; *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*, pt. 43 ; *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pt. 56.
[1624] *Ecotrade*, *op. cit.*, pt. 44 ; *EMS-Bulgaria Transport*, *op. cit.*, pt. 48.
[1625] *Edis*, *op. cit.*, pt. 35 ; *Spac*, *op. cit.*, pt. 19 ; *Aprile Srl*, *op. cit.*, pt. 19 ; *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 45 ; *Marks & Spencer (I)*, *op. cit.*, pt. 35 ; *Grundig Italiana SpA*, *op. cit.*, pt. ? ; *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 32 ; *Alstom Power Hydro*, *op. cit.*, pt. 20 ; *Barth*, *op. cit.*, pt. 29, le délai pouvant être prorogé de neuf mois dans cette dernière affaire.

deux ans[1626], d'un an[1627], de trois mois[1628], ou même de seulement 30 jours[1629]. Dès lors, dans une telle marge de manœuvre, le seul respect de l'équivalence compte véritablement, permettant de valider le délai français en matière de répétition de l'indu prévu par l'article L 190 du livre des procédures fiscales[1630]. À l'époque de l'arrêt *Roquette Frères* de la Cour de justice, ce délai permettait la restitution des impôts payés entre deux et trois ans avant la réclamation[1631], ou entre quatre et cinq ans lorsque l'illégalité de l'impôt découlait d'une décision juridictionnelle[1632]. On était alors bien au-delà de certaines durées ici mentionnées. Le législateur français ne s'est alors pas privé de réduire progressivement ce second délai, conscient de sa confortable marge de manœuvre, et soucieux depuis le milieu des années 2000 de limiter les dépenses de l'État. Il a ainsi restreint le délai à trois ans en 2005, puis à deux ans en 2013[1633].

550. Si le critère d'effectivité, dans quelques cas, s'est opposé à la durée d'un délai, c'est pour des motifs tenant au contexte procédural interne, et non tenant à la durée elle-même. Par exemple, le délai de deux ans dans l'affaire *Banca Antoniana* n'est pas en soi critiquable, mais donner un effet rétroactif à une circulaire qui avance le point de départ du délai de plus de deux

---

[1626] *Ecotrade*, *op. cit.*, pt. 48.

[1627] *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 29 ; *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*, pt. 45. Il faut préciser que le délai d'un an ne court dans ces deux cas qu'à compter de la transposition de la directive concernée.

[1628] *Recheio – Cash & Carry SA*, *op. cit.*, pt. 21.

[1629] *Pelati*, *op. cit.*, pt. 32, ce délai n'étant remis en question en l'espèce qu'en raison de l'incertitude quant à son point de départ et à son terme. Le constat est le même dans l'affaire CJUE, 29 octobre 2015, aff. C-8/14, *BBVA*, n. e. p.

[1630] « *la règle procédurale qu'elle édicte est applicable à toute action en remboursement d'un prélèvement fiscal fondée sur la non-conformité, constatée par une décision d'une juridiction nationale, internationale ou communautaire, de la règle de droit nationale qui justifiait ledit prélèvement avec une règle de droit supérieure, qu'elle soit nationale, internationale ou communautaire. Un délai tel que celui prévu à l'article L 190, troisième alinéa, du livre des procédures fiscales s'applique donc indifféremment aux recours fondés sur le droit communautaire et à ceux fondés sur le droit interne* » : arrêt *Roquette Frères*, *op. cit.*, pt. 32.

[1631] Cette variabilité du délai découle directement de la rédaction de l'article R* 196-1 du livre des procédures fiscales : « les réclamations relatives aux impôts autres que les impôts directs locaux et les taxes annexes à ces impôts, doivent être présentées à l'administration au plus tard le 31 décembre de la deuxième année » qui suit le recouvrement de l'impôt.

[1632] L'article L 190 alinéa 3 prévoyait ainsi que « Lorsque cette non-conformité a été révélée par une décision juridictionnelle, l'action en restitution des sommes versées ou en paiement des droits à déduction non exercés ou l'action en réparation du préjudice subi ne peut porter que sur la période postérieure au 1er janvier de la quatrième année précédant celle où la décision révélant la non-conformité est intervenue ». L'avocat général Colomer, dans ses conclusions rendues le 11 mai 2000 dans l'affaire *Roquette Frères*, *op. cit.*, pt. 30 et s., avait ainsi estimé ce délai comme ne rendant pas excessivement difficile ni en pratique impossible l'exercice par les particuliers des droits qu'ils tirent du droit communautaire.

[1633] Cette dernière modification du délai pour demander la restitution suite à une décision juridictionnelle rend celui-ci pour la première fois plus court que le délai de droit commun, qui peut varier entre deux et trois ans, d'après l'article R* 196-1 du livre des procédures fiscales.

ans, prive le contribuable de toute possibilité de recours, et est donc contraire au critère d'effectivité[1634]. De même, dans l'arrêt *EMS-Bulgaria Transport*, le délai de trois mois pour exercer son droit à déduction de la TVA n'est pas remis en question en tant que tel. Cependant, le fait que les conditions de formes exigées soient susceptibles de disqualifier la demande lorsqu'elles ne sont pas remplies, alors que les conditions de fond sont réunies, est de nature à rendre excessivement difficile ou pratiquement impossible l'exercice du droit à déduction, ne permettant donc pas de remplir le critère d'effectivité[1635]. Ce n'est donc pas la durée du délai qui est directement mise en cause. Un dernier exemple choisi est l'arrêt *Lämmerzahl*, dans lequel un délai de forclusion court jusqu'à l'expiration du délai de candidature à un appel d'offre pour la passation d'un marché public. Si ce délai, quoique variable, « *peut en principe être considéré comme conforme au droit communautaire* », il viole le critère d'effectivité dès lors que le comportement du pouvoir adjudicateur avait pour effet de dissimuler au soumissionnaire les informations utiles d'un avis de marché[1636]. Encore une fois, ce n'est pas tant la durée du délai que les conditions pratiques dans lesquelles il court qui sont visées par le juge.

551. Cette absence de rôle donné au critère d'effectivité par la Cour en matière de délais peut être expliquée par la possibilité, une fois le recours forclos, d'introduire un recours en demande de dommages et intérêts, c'est-à-dire donc un recours en réparation. Cette seule voie d'ouverture permet à elle seule de satisfaire *a posteriori* la protection juridique que les particuliers tirent du droit de l'Union[1637]. La conséquence néanmoins de cette marge de manœuvre laissée par le critère d'effectivité est qu'elle laisse toute sa place au critère de l'équivalence. Si la Cour considère généralement qu'un délai de forclusion fixé en droit interne n'est pas de nature à rendre en pratique impossible ni excessivement difficile la protection juridictionnelle du justiciable, c'est pour mieux souligner l'importance de l'expérience des droits nationaux, parfois mieux à même de savoir quel délai est le plus approprié dans un

---

[1634] CJUE, 15 décembre 2011, aff. C-427/10, *Banca Antoniana Popolare Veneta*, Rec. p. I-13377, pt. 33.
[1635] *EMS-Bulgaria Transport*, *op. cit.*, pt. 64.
[1636] *Lämmerzahl*, *op. cit.*, pts 55-56.
[1637] Cette complémentarité du recours dans les délais et du recours en réparation apparaît bien dans les faits de l'affaire *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, *op. cit.* Dans les étapes qui ont précédé le renvoi préjudiciel du juge espagnol, un arrêt de la Cour était venu constater le manquement de l'Espagne dû à l'imposition d'une taxe contraire au droit de l'Union. Or, l'entreprise Transportes Urbanos n'a jamais pu obtenir le remboursement de la taxe indue, car les délais étaient prescrits. Cela ne l'a pas empêchée d'exercer une demande en réparation, dont les conditions font l'objet du renvoi préjudiciel. Il faut relever que l'entreprise ne conteste nullement l'existence d'un délai de prescription.

contexte de voies de recours spécifique à chaque État membre[1638]. L'avocat général Colomer avait d'ailleurs relevé cette mise en avant de l'équivalence des modalités procédurales, confirmant en creux l'impuissance de l'effectivité[1639].

552. En conséquence, il paraît recevable d'énoncer la règle selon laquelle le critère d'effectivité ne s'oppose pas à un délai de forclusion d'un minimum de trois mois, sauf à ce que le respect du délai par le contribuable soit rendu pratiquement impossible ou excessivement difficile, alternativement par :

- des tergiversations du juge national susceptibles de créer une incertitude juridique[1640] ;
- un comportement évasif du pouvoir adjudicateur à propos d'un avis de marché public lacunaire[1641] ;
- l'incertitude créée par la législation sur la personne publique tenue de réparer et le juge compétent[1642] ;
- l'avancement rétroactif du point de départ du délai[1643] ;
- le rejet d'une demande de déduction de la TVA au motif que les conditions de formes ne sont pas remplies, alors même que les conditions de fond le sont[1644].

553. Ainsi, la grande hétérogénéité des délais de forclusion tels que prévus par le droit national s'explique par l'absence totale d'un droit dérivé permettant à la Cour de justice de pousser quelque peu le curseur de la subsidiarité juridictionnelle vers la Cour de justice. Comme elle le dit elle-même, « *cette diversité des systèmes nationaux résulte, notamment, de l'absence de réglementation communautaire en matière de restitution de taxes nationales indûment*

[1638] Voir les développements Partie I, Titre I, Chapitre II, Section 1.
[1639] Dans ses conclusions dans l'affaire *Grundig Italiana*, l'avocat général L. J. COLOMER écrivait : « *Il est vrai que, à certaines occasions, j'ai considéré qu'un délai de forclusion de trois ans était suffisant. Comme le rappelle la juridiction de renvoi, la Cour de justice a déclaré qu'un tel délai y compris un autre délai de un an, était compatible avec le droit communautaire, mais, dans tous les cas, son appréciation concrète des délais s'est faite sur la base du principe d'équivalence et non du principe d'effectivité* ». L'avocat général cite alors les arrêts *Palmisani / INPS*, *op. cit.* ; *Edis*, *op. cit.* ; *Spac*, *op. cit.* ; et *Aprile Srl*, *op. cit.* Voir les conclusions présentées le 14 mars 2002 dans l'affaire *Grundig Italiana SpA*, *op. cit.*, p. 28.
[1640] *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*, pts 48-49.
[1641] *Lämmerzahl*, *op. cit.*, pt. 55.
[1642] *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 30 ; *Raffaelo Visciano*, *op. cit.*
[1643] *Banca Antoniana Popolare Veneta*, *op. cit.*, pt. 33.
[1644] *EMS-Bulgaria Transport*, *op. cit.*, pt. 63.

perçues », et ce constat n'est pas passé inaperçu[1645] ! Dans un tel cas de figure, la Cour ne peut opposer que les critères d'équivalence et d'effectivité, ce dernier ne pouvant dès lors jouer qu'un rôle très mineur dans un contexte normatif lâche. Or, il apparaît que le vrai curseur derrière l'effectivité est le respect du principe général de sécurité juridique[1646]. Voilà donc un cas de figure dans lequel ce seul principe général du droit de l'Union européenne pourrait se substituer à l'effectivité, et ainsi donner plus de poids aux exigences de la primauté du droit de l'Union. Cette exigence de sécurité juridique permet alors de protéger aussi bien le contribuable et l'administration[1647].

2. Un équilibre entre protection du contribuable et de l'administration

554. Grâce à la neutralité du critère de l'équivalence, la Cour évite le plus souvent d'entrer dans des appréciations sur le caractère raisonnable d'un délai, à moins qu'il soit à l'évidence beaucoup trop bref, et ne sortira de sa réserve que dans des cas exceptionnels. Partant du principe que la fixation de délais à peine de forclusion est une exigence du « *principe de sécurité juridique, qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernés* »[1648], la mission de la Cour de justice devrait consister à s'assurer que, d'une part, la sécurité juridique est respectée et que, d'autre part, l'équilibre entre la protection du contribuable et de l'administration est préservé.

555. La fixation des délais « *protège à la fois le contribuable et l'administration concernés* ». Le principe général de la sécurité juridique s'applique en effet aussi bien à celui qui prélève la taxe qu'à celui qui la paie. Or, la Cour juge régulièrement depuis 1998 que le délai peut être plus avantageux pour l'administration que pour le particulier. Alors que l'intérêt du délai est

---

[1645] Ainsi la Cour Suprême du Royaume-Uni le rappelle-t-elle dans sa décision rendant inapplicable un délai de forclusion contraire du droit de l'Union : Supreme Court, 23 mai 2012, UKSC 19, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue and another*, pt. 94 : « *Limitation periods must be reasonable, but the Court of Justice recognises that national systems vary a good deal, and accepts different approaches so long as there is no infringement of the principles of effectiveness and equivalence, and no disappointment of legitimate expectations* ».

[1646] Ce principe de sécurité juridique justifie les délais de forclusion depuis les arrêts *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5, et *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 18 ; voir aussi *Edis*, *op. cit.*, pt. 35, et de manière générale l'ensemble de la jurisprudence de la Cour relative aux délais de forclusion.

[1647] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 5, et *Comet BV*, *op. cit.*, pt. 18.

[1648] *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Comet BV*, *op. cit.* pt. 18 ; *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*22 ; *Denkavit Italiana*, *op. cit.*, pt. 21 ; *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 28 ; *Fantask*, *op. cit.*, pt. 48 ; *Haahr Petroleum*, *op. cit.*, pt. 48 ; *Spac*, *op. cit.*, pt. 19 ; *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Edis*, *op. cit.*, pt. 35 ; *Aprile Srl*, *op. cit.*, pt. 19 ; *Belinda S. Levez*, *op. cit.*, pt. 19 ; CJCE, 9 février 1999, aff. C-343/96, *Dilexport*, Rec. p. I-579, pt. 26 ; *Preston e.a.*, *op. cit.*, pt. 33 ; *Roquette Frères*, *op. cit.*, pt. 22 ; CJCE, 22 février 2001, aff. jointes C-52/99 et C-53/99, *Camarotto et Vignone*, Rec. p. I-1395, pt. 28 ; *Recheio – Cash & Carry SA*, *op. cit.*, pt. 18 ; *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pt. 56 ; *Banca Antoniana Popolare Veneta*, *op. cit.*, pt. 24 ; *EMS-Bulgaria Transport*, *op. cit.*, pt. 48.

que la situation de l'assujetti ne puisse pas être indéfiniment remise en cause, accepter un délai plus favorable à l'administration qu'il ne l'est pour l'assujetti revient à accepter que sa situation puisse être remise en cause sur une période plus longue que pour ce qui concerne l'administration. Dans ces circonstances, si un assujetti dispose d'un délai de cinq ans à partir de l'exigibilité de la taxe pour contester le paiement d'un montant de TVA, alors que l'administration dispose du même délai mais à partir de la déclaration de l'assujetti, l'État bénéficie donc d'une période qui court au-delà de celle de l'assujetti pour faire valoir une contestation. La protection « *à la fois* » du contribuable et de l'administration semble donc *a priori* s'adresser plus à l'administration qu'au contribuable. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Société financière d'investissement* du 19 novembre 1998[1649]. Or, à y regarder de près, la différence de traitement ne semble pas avantager l'un par rapport à l'autre. En effet, si à délais égaux, les points de départ sont différents, c'est que l'assujetti sait, dès le moment de l'exigibilité, quel montant de TVA doit être versé, l'administration, elle, n'en a connaissance qu'à la réception de la déclaration fiscale[1650]. Ainsi, la Cour de justice s'assure, en analysant la disposition procédurale dans son contexte national, que l'équilibre entre contribuable et administration est effectivement préservé. Cet approfondissement de raisonnement est ainsi en parfaite ligne avec les exigences découlant des arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* du 14 décembre 1995, qui ont formellement posé l'obligation de prendre en compte le contexte procédural de la disposition en droit interne pour interpréter le droit de l'Union et ses prescriptions[1651].

[1649] *Société financière d'investissement*, *op. cit.*, pt. 33. La Cour estime en effet que « *le fait que le délai de prescription de cinq ans commence à courir vis-à-vis de l'administration fiscale à la date à laquelle la déclaration doit en principe être effectuée alors que le particulier ne peut exercer son droit à déduction que dans un délai de cinq ans à partir de la date à laquelle ce droit a pris naissance n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité* ».

[1650] *Ibid.*, pt. 32. Analysant comme il se doit depuis la nécessaire prise en compte du contexte posée dans les arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* en 1995, la Cour remarque que « *la situation de l'administration de la TVA ne saurait être comparée à celle d'un assujetti. L'administration n'a en effet connaissance des données nécessaires pour fixer le montant de la taxe exigible et celui des déductions à opérer qu'au plus tôt le jour où la déclaration visée à l'article 22, paragraphe 4, de la sixième directive est effectuée, ce qui correspond en l'espèce au vingtième jour du mois suivant le trimestre au cours duquel a eu lieu l'immatriculation à la TVA. En cas d'inexactitude dans la déclaration ou lorsque celle-ci s'avère incomplète, ce n'est donc qu'à compter de ce moment que l'administration peut procéder au recouvrement de la taxe impayée* ».

[1651] *Peterbroeck*, *op. cit.*, pt. 14, et *van Schijndel et van Veen*, *op. cit.*, pt. 19. La Cour y postule que « *pour l'application de ces principes, chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* ».

B. L'asymétrie des effets dans le passé

556. Devant le juge national, la mise en œuvre dans le temps des dispositions issues des traités et du droit dérivé prend plusieurs formes, mais elles ont toutes en commun d'étendre ou de limiter leur effet rétroactif. Il peut s'agir d'une règle limitant explicitement la rétroactivité d'un droit invocable ; il peut s'agir encore de définir le point de départ d'un délai de forclusion qui, à échéance, fait perdre pour le passé le bénéfice d'un droit. Il y a donc une multiplicité des points de départ du délai (1). Il peut s'agir enfin, et plus subtilement, lors de la modification d'un délai de forclusion avec effet rétroactif, de prévoir un régime transitoire tellement bref qu'il rendra impossible toute invocation d'un droit pour le passé. Dans ce domaine du régime transitoire, la Cour de justice a pu faire preuve d'audace (2).

1. Les multiples points de départ du délai

557. Il y deux sortes de points de départ d'un délai[1652]. La première concerne le moment à partir duquel un délai de recours commence à courir, au terme duquel la prétention de la partie sur une créance passée ne sera plus recevable. La seconde vise le moment dans le passé à partir duquel la partie peut prétendre à sa créance. D'un point de vue de la philosophie du droit, J. Héron relève que « la particularité de cette rétrospectivité est que la différence entre l'ancien et le nouvel effet juridique de la norme ne porte pas sur son *contenu*, mais seulement sur sa *durée* »[1653]. Dans les deux cas, il y a une limitation dans le passé d'un droit initialement dû. Les deux situations ont donc des effets similaires. Pourtant, la Cour de justice a choisi de morceler sa jurisprudence en la matière, principalement dans le but de cantonner l'affaire *Emmott* à un cas particulier (a), traitant les autres cas comme des limitations des effets rétroactifs du droit de l'Union (b).

a. Le cantonnement de la solution *Emmott*

558. La fixation du point de départ du délai a d'abord été source de confusion, mais la Cour a rapidement clarifié sa position. L'arrêt *Emmott* du 25 juillet 1991, dans lequel les juges avaient interprété le droit communautaire en ce sens que le délai ne pouvait commencer à courir qu'à partir du moment où la directive avait été correctement transposée[1654], a rapidement été

[1652] I. HIGGINS, « Equal Treatment and National Procedural Rules: one Step Forward, two Steps Back », *Irish Jour. Eur. Law,* 1995, Vol.4, p. 24.
[1653] J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie et théorie générale du droit », 1996, p. 135.
[1654] *Emmott*, *op. cit.*, pt. 23.

circonscrit au cas d'espèce par la jurisprudence postérieure. En effet, plusieurs États membres dont la France ont « contesté »[1655] la jurisprudence *Emmott*, incitant probablement la Cour de justice à restreindre considérablement la portée de cet arrêt. La Cour de cassation, elle, a pourtant fait application de cette jurisprudence dans le cadre du « contentieux des droits de 1,20 % et 3 % »[1656]. Le juge français considère dans ces affaires que le délai prévu à l'article R* 196-1 du livre des procédures fiscales n'est pas opposable par l'administration tant que la directive n. 69/335/CEE sur les impôts indirects n'est pas correctement transposée en droit français[1657]. Outre ces quelques cas de réception de la jurisprudence *Emmott* en droit interne français, la Cour de justice a été pressée de clarifier sa position. N'ayant plus appliqué cette solution à une autre situation, elle s'est bornée à rappeler continuellement que le cas *Emmott* n'était justifié que parce que la requérante était dans l'impossibilité totale de se prévaloir de ses droits[1658]. Le Conseil d'État a alors pris acte de cette réduction substantielle du champ de la jurisprudence *Emmott* pour refuser à une société d'en bénéficier[1659]. Était-elle allée trop loin[1660] ? De manière donc constante, la Cour de justice a refusé de considérer que faire courir le délai à partir de la transposition correcte de la directive était une exigence de l'application effective du droit de l'Union. Cette solution peut surprendre, alors que dans nombre de ces affaires, il était clair que la disposition nationale était contraire au droit de l'Union[1661]. Les deux affaires *Haahr Petroleum* et *Texaco* du 17 juillet 1997 – sur renvoi du juge danois –, relatives aux ports maritimes danois, donnent un premier aperçu de cet état de fait[1662]. Dans ces affaires,

---

[1655] P. DIBOUT, « La restitution des taxes perçues en violation d'une directive communautaire et la prescription », *op. cit.*, p. 352.

[1656] Voir les arrêts rendus le même jour Cass. com., 9 juillet 1996, n. 94-113151 et 94-11228, *Sté Groupe André, Bull*. 1996 IV n. 213 p. 184 ; n. 94-21476, *Sté Sanofi Recherche, Bull.* 1996 IV n. 212 p. 183 ; n. 94-17414, *CIPEC, Bull.* 1996 IV n. 211 p. 182.

[1657] Directive n. 69/335/CEE du Conseil, du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, dans sa rédaction issue de la directive n. 85/303/CEE du Conseil, du 10 juin 1985, et notamment son article 7, paragraphe 1er.

[1658] *Steenhorst-Neerings*, *op. cit.*, pts 20-22 ; *Fantask*, *op. cit.*, pts 50-52 ; *Haahr Petroleum*, *op. cit.*, pt. 52 ; *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 20 ; *Edis*, *op. cit.*, pt. 48 ; *Aprile Srl*, *op. cit.*, pt. 43 ; *Recheio – Cash & Carry SA*, *op. cit.* ; *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 55 ; *Tonina Enza Iaia*, *op. cit.*, pt. 23 ; *Q-Beef*, *op. cit.*, pt. 52.

[1659] CE, 4 février 2005, req. n. 249551, *Sté JT International* : « *Considérant que la règle de prescription quadriennale posée par la loi du 31 décembre 1968 s'applique de la même manière aux demandes en réparation fondées sur la méconnaissance du droit communautaire et à celles fondées sur la méconnaissance du droit interne et ne peut être regardée comme rendant excessivement difficile l'invocation du bénéfice des droits conférés par une directive* ». Voir le commentaire de P. CASSIA, *Europe*, n. 4, avril 2005, comm. 120, p. 10, dans lequel l'auteur rappelle que le Conseil d'État avait déjà appliqué cette solution permissive à propos du délai d'un an prévu par l'article L 55 du code des pensions civiles et militaires : CE, 29 janvier 2003, req. n. 246829, *Lucet*, *Europe,* 2003, comm. 170.

[1660] A. ARNULL, « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law », *op. cit.*, p. 53.

[1661] C'est, notamment, ce que défend le professeur D. SIMON : *Europe*, n° 11-2011, com. 381.

[1662] *Haahr Petroleum*, *op. cit.* ; et *Texaco*, *op. cit.*

la demande de remboursement portait sur une taxe perçue en violation de l'article 110 TFUE (ex article 90 CE) interdisant les impositions intérieures discriminatoires. Les sociétés requérantes devant la juridiction de renvoi contestaient le fait que le remboursement de la taxe litigieuse n'avait été reconnu par l'État que pour la période s'étalant sur cinq années précédant l'introduction du recours en 1991, soit jusqu'en 1986 au plus tôt, alors que la contrariété au Traité courrait depuis 1973[1663]. Contrairement à l'affaire *Emmott*, où c'était une directive qui était violée, il s'agit là du Traité lui-même. Sur le fondement de cette seule différence, la Cour en déduit que la situation n'est pas comparable à l'arrêt *Emmott*, et que donc le point de départ du délai peut être postérieur au commencent de la période d'illégalité, privant ainsi l'assujetti du remboursement d'une part substantielle de l'imposition[1664].

559. Dans l'affaire *Fanstask* du 2 décembre 1997 – sur renvoi du même juge danois – la société du même nom s'était acquittée de droits complémentaires dont la contrariété avec le droit communautaire découlait de l'arrêt *Ponente Carni* du 20 avril 1993, interprétant la directive de 1969 sur les impôts indirects[1665]. La société Fantask avait versé le droit dès 1984, bien après la fin du délai de transposition de la directive. L'illégalité de ce droit s'étend donc de 1984 jusqu'à la date de sa suppression en 1992. Pendant tout ce temps, le droit danois violait le droit communautaire. Or, la société Fantask, du fait d'un délai prescrivant le droit à exercer un recours contre la taxe litigieuse au bout de cinq ans suivant la date de son exigibilité, n'a pas pu obtenir le remboursement des droits payés avant 1990, le recours ayant été introduit en 1995. De 1984 à 1990 donc, un droit contraire à la directive de 1969 a été perçu par l'État, sans que la société ne puisse en réclamer la restitution. Pour la Cour de justice, ce délai de recours à peine de forclusion n'est pas contraire au droit communautaire[1666]. Si la Cour reconnaît comme conforme un délai ne pouvant commencer à courir qu'à partir du moment où la personne lésée a connaissance du préjudice et de la personne tenue de réparer[1667], le cantonnement de la solution *Emmott* peut sembler privilégier la réglementation nationale au détriment de l'effectivité du droit communautaire. La Cour reconnaît aujourd'hui en effet que le droit de l'Union n'est violé que si les personnes intéressées sont *totalement* privées de la possibilité de

[1663] *Haahr Petroleum*, *op. cit.*, pt. 14 ; *Texaco*, *op. cit.*, pt. 14. Dans cette dernière affaire, la taxe illégale avait commencé à être perçue en 1977.
[1664] *Haahr Petroleum*, *op. cit.*, pt. 53 ; *Texaco*, *op. cit.*, pt. 49.
[1665] *Ponente Carni*, *op. cit.* La directive concernée est la directive n. 69/335/CEE du 17 juillet 1969, concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux, *JOCE*, 3.10.1969, p. 25.
[1666] *Fantask*, *op. cit.*, pt. 52.
[1667] *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 52.

faire valoir leurs droits[1668]. Le seul fait que des recours aient été introduits avant la forclusion d'un délai suffit à prouver que le requérant n'était pas totalement empêché[1669]. Ainsi, l'administration fiscale française avait publié un commentaire, au lendemain de l'arrêt *Fantask*, concluant à la conformité avec le droit communautaire d'une de ses dispositions comparables[1670]. Il s'agissait alors de l'article L 190 alinéa 3 du livre des procédures fiscales, qui restreint le délai de forclusion d'une demande en restitution, dans sa version en vigueur à cette époque[1671]. La Cour de cassation, pour sa part, a intégré le cantonnement de la jurisprudence *Emmott*, et refuse à une personne le droit de réclamer la restitution d'une taxe indue à partir de la fin du délai de transposition de la directive, sans se soucier du délai de prescription applicable en la matière[1672].

[1668] *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 22 ; *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 55 ; *Q-Beef*, *op. cit.*, pt. 52. Cette volonté de la Cour d'éviter à tout prix qu'un justiciable se retrouve sans aucun recours transparait clairement aussi de l'arrêt CJCE, 20 octobre 2005, aff. C-511/03, *Ten Kate Holding Musselkanaal*, Rec. p. I-8979. Il s'agit-là d'un tout autre cas de figure, dans lequel la Cour de justice admet que le juge interne, lorsque le justiciable est dans l'impossibilité d'exercer un recours en carence, doit pouvoir faire en sorte que l'État exerce ce recours. Voir sur ce point l'interprétation de S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 265‑266. Voir aussi les commentaires de M. BAUDOUIN, « Chronique de jurisprudence communautaire agricole (2004-2005) », *Revue de droit rural*, 2007, n. 350, p. 34-35 ; et de E. BERNARD, « Obligations des États membres », *Europe*, décembre 2005, n. 399, Comm. p. 11-12.

[1669] *Q-Beef*, *op. cit.*, pt. 52.

[1670] BOI n. 34 du 19 février 1998, 13O-1-98. L'administration écrit ainsi que « les modalités procédurales prévues à l'article L. 190, al. 3, du Livre des procédures fiscales s'appliquent indifféremment à toutes les actions en restitution d'une taxe indue, que la cause d'un tel caractère indu réside dans la contrariété entre deux règles de droit nationales de rangs différents (ainsi, entre un texte réglementaire et une disposition légale) ou entre une réglementation nationale et une disposition du droit conventionnel ou du droit communautaire ». Le critère d'équivalence est ainsi respecté, ce que reconnaîtra rapidement la Cour de justice dans l'arrêt *Roquette Frères*, *op. cit.*, pt. 32. Pour le respect de l'effectivité, l'administration fiscale estime que « leur articulation avec le délai général de réclamation (art. R 196-1, al. 1 du L.P.F.) garantit un exercice effectif des droits conférés par l'ordre juridique communautaire, même si l'écoulement des délais ainsi prévus peut entraîner le rejet, total ou partiel de certaines demandes, tardives ou portant sur des impositions prescrites ». L'arrêt *Roquette Frères* de la Cour de justice met alors fin à une incertitude palpable, le tribunal de grande instance de Paris ayant estimé que l'article L 190 alinéa 3 était contraire au critère d'effectivité (2e ch., 11 décembre 1997, n. 97-9111, *Sté France Printemps* ; 8 janvier 1998, n. 97-6798, *Sté Conforama*), et le professeur Dibout qu'il était contraire à l'exigence d'équivalence : P. DIBOUT, « La restitution des taxes perçues en violation d'une directive communautaire et la prescription », *op. cit.*, p. 353.

[1671] « L'action en restitution des sommes versées ou en paiement des droits à déduction non exercés ou l'action en réparation du préjudice subi ne peut porter que la période postérieure au 1er janvier de la quatrième année précédant celle où la décision révélant la non-conformité est intervenue ». Version en vigueur entre le 1er janvier 1993 et le 31 décembre 2002.

[1672] Voir par exemple Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-16.744, F-P+B, *Sté Électricité de France*, note A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal*, n° 5, 29 Janvier 2015, comm. 12. L'entreprise réclamait, sans succès, le remboursement d'une part de la TIPP payée de la fin du délai de transposition de la directive le 1er janvier 2004 à la fin de cette même année (le délai de prescription ayant permis de récupérer la taxe indue pour les années suivantes).

560. Comme le rappelle le professeur Simon, la Cour, qui semble sans le dire avoir tenu compte du principe *iura vigilantibus, non dormientibus prosunt*, aurait pu le mettre en balance avec celui de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[1673]. La justification d'un tel revirement de jurisprudence – sans le dire – pourrait être la volonté de la Cour de ne pas porter atteinte aux intérêts financiers des États membres[1674]. Ainsi, il est aisé pour un État membre qui voudrait éviter une série de recours en répétition d'une taxe indument perçue, de retarder la transposition des dispositions pertinentes d'une directive. Le seul cas renversant ce raisonnement serait celui dans lequel l'invocation de dispositions d'une directive non transposée serait rendue impossible par le comportement de l'État[1675]. Du point de vue des personnes intéressées, la limitation des possibilités de recours, tant qu'elle n'est pas *totale*, n'est pas contraire au droit de l'Union car, comme l'affirme la Cour, « *la constatation juridictionnelle de cette violation n'est pas nécessaire pour mettre les bénéficiaires en mesure de connaître la plénitude de leurs droits* », notamment lorsque « *la violation du droit de l'Union ne faisait aucun doute* », comme elle le dit dans l'affaire *Iaia* du 19 mai 2011[1676]. Qu'en est-il alors de l'affaire *Q-Beef* quelques mois plus tard, où la Cour ne précise pas ce point[1677] ? Certes des entreprises bien conseillées ont pu avoir la connaissance nécessaire à l'exercice d'un recours dans les temps. Mais toutes les personnes potentiellement intéressées disposent-elles des connaissances juridiques suffisantes pour savoir si le droit national qui leur est appliqué viole le droit de l'Union ? Il semblait pourtant que sur ce point, la Cour de justice avait opté pour une position plus favorable aux justiciables, en exigeant par exemple la suppression de toute

[1673] À propos de l'arrêt *Danske Slagterier*, *op. cit.*, D. SIMON dira encore que « La Cour fait donc prévaloir le respect de l'autonomie procédurale des droits nationaux sur une lecture plus exigeante de la protection des droits des justiciables », D. SIMON et A. RIGAUX, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire revisitée, ou comment le problème technique de l'odeur sexuelle des porcs mâles non castrés conduit la Cour à trancher des questions fondamentales », *Europe*, mai 2009, p. 7.

[1674] P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *op. cit.* L'auteur estime sans équivoque que « les raisons qui poussent la Cour à minimiser la portée du principe d'effectivité résident à l'évidence dans les conséquences financières qui découlent de l'arrêt *Emmott* ».

[1675] V. Michel, « Prescription », Europe, n° 7, 2011, comm. 236, commentant l'arrêt *Tonina Enza Iaia*, *op. cit.*

[1676] *Ibid.*, pt. 23. Comme le dit V. MICHEL, « Prescription », *Europe*, juillet 2011, pp. 12-13, « Les médecins italiens goûteront certainement avec modération cette position qui, contrairement à celle tenue dans les contentieux portant sur la répétition de l'indu, 'fait la part trop belle à l'autonomie procédurale' ».

[1677] *Q-Beef*, *op. cit.*

confusion du fait de l'inadéquation entre le droit en vigueur dans l'État membre et le droit de l'Union[1678].

b. La limitation des effets rétroactifs

561. Après avoir répété à l'envi que la situation dans l'arrêt *Emmott* privait totalement la requérante de recours pour l'écarter des cas précédemment cités, la Cour de justice a dû trouver une nouvelle justification à son revirement face, non plus à une modalité relative au point de départ d'un délai, mais à une modalité limitant explicitement l'effet rétroactif d'un recours en justice. Cette jurisprudence a été rendue éphémère, circonscrite aux années 1990 (*i*), et la Cour de justice n'y a pas été d'une grande exigence (*ii*).

i. Une jurisprudence rendue éphémère

562. Le contentieux de règles nationales limitant les effets rétroactifs d'une violation du droit de l'Union aurait fait long feu, et serait cantonné aux années 1990. Si les raisons qui expliquent l'absence d'une jurisprudence abondante sur cette procédure, qui s'y prêtait pourtant volontiers, ne sont pas connues, il y a tout de même une délimitation à faire avec un autre contentieux, bien plus abondant, portant sur les délais de forclusion pour les actions en répétition de l'indu. Une confusion de la part des intervenants devant la Cour leur a laissé penser qu'un délai national de forclusion pourrait avoir pour conséquence de « *limiter les effets dans le temps* » de la constatation de l'illégalité d'une disposition du droit national[1679]. Autrement dit, la fixation d'un délai au terme duquel toute action en répétition de l'indu est forclose aurait pour conséquence l'impossibilité de récupérer les sommes versées dans le passé, privant alors le droit de l'Union d'effet rétroactif en droit interne. Cette confusion entre la rétroactivité d'une demande tendant à mettre fin avec rattrapage à une situation illégale, et un délai de recours tendant à limiter dans l'avenir les réclamations dues dans le passé, a brouillé les débats dans les affaires qui ont suivi l'arrêt *Emmott*.

ii. Une jurisprudence peu exigeante

563. La jurisprudence de la Cour relative aux effets rétroactifs des demandes des justiciables est, selon nous, très peu exigeante. Certes, la Cour de justice des Communautés européennes avait reconnu qu' « *un assujetti peut demander, avec effet rétroactif au jour de l'entrée en vigueur de la législation nationale contraire à la sixième directive, le remboursement de la TVA*

[1678] CJCE, 4 avril 1974, aff. 167/73, *Commission contre France (code maritime français)*, Rec. p. 360.
[1679] *Edis*, *op. cit.*, pt. 13.

indûment versée en suivant les modalités procédurales définies par l'ordre juridique interne de l'État membre »[1680]. Néanmoins, cette rétroactivité, ici envisagée comme une possibilité, n'a jamais été absolument exigée. À chaque fois qu'une disposition procédurale interne a été remise en question en la matière, il s'agissait en fait de la validité d'une limitation de l'effet rétroactif. Sur ce point, la jurisprudence considère que la rétroactivité n'est pas une exigence absolue, et les juges de l'Union ont su, à plusieurs reprises, faire montre de bienveillance à l'égard d'ordres juridiques nationaux limitant dans le temps les possibilités de se prévaloir d'une créance fondée sur le droit de l'Union, suivant en cela la position de la Cour européenne des droits de l'homme[1681].

564. Pour la Cour, en effet, il faut que le requérant ait été dans l'impossibilité *totale* de faire valoir ses droits à la créance, pour que la non rétroactivité soit contraire au droit de l'Union[1682]. Dans une affaire du 27 octobre 1993, Madame Steenhorst-Neerings s'était vue opposer une règle nationale limitant l'effet rétroactif de l'article 4, paragraphe 1 de la directive 79/7, qui obligeait les États membres à supprimer les inégalités de traitement entre hommes et femmes à partir du 23 décembre 1984, date de la fin du délai de transposition, y compris pour les cas dont le fait générateur est antérieur à cette date[1683]. C'est bien le cas de la requérante, qui serait en droit de demander la même pension d'incapacité totale de travail que les hommes depuis 1963. Or, la règle nationale en cause, qui ne limite pas dans le temps l'antériorité du fait générateur, limite cependant la date à partir de laquelle le rattrapage de la pension due sera calculé, à un an avant l'introduction d'un recours juridictionnel. Madame Steenhorst-Neerings, qui a introduit un recours en paiement de la pension en 1988 suite à des arrêts du juge national annulant une disposition initiale limitant dans le temps l'antériorité du fait générateur, s'est vue accorder la pension, avec un rattrapage à partir de 1987, soit un an avant le recours. Or, entre temps, la Cour de justice avait reconnu un effet direct à l'article 4, paragraphe 1 de la directive 79/7, et cette disposition s'étendait aux inégalités de traitement nées avant la fin du délai de

---

[1680] *Soupergaz*, *op. cit.*, pt. 42.

[1681] Voir, en ce qui concerne la position de la Cour européenne des droits de l'homme, P. THÉRY, « L'encadrement par le droit international », *in Repenser le « droit transitoire »,* Paris, Dalloz, 2010, pp. 43-56.

[1682] En effet, la différence entre la jurisprudence *Emmott* et celle qui suit, notamment dans la lignée des arrêts *Steenhorst-Neerings* et *Johnson*, est seulement factuelle : I. HIGGINS, « Equal Treatment and National Procedural Rules: one Step Forward, two Steps Back », *Irish Jour. Eur. Law,* 1995, Vol. 4, p. 25. Tous ne sont pas de cet avis, certains qualifiant ces errements de « manipulation » : O. DUBOS, « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 201.

[1683] *Steenhorst-Neerings*, *op. cit.*, pts 9-10.

transposition[1684]. Il est donc clair ici que la règle limitant la rétroactivité de la pension viole le droit communautaire pour la période courant de la fin du délai de transposition, 1984, à la date prise en compte pour calculer le remboursement, 1987. Malgré cela, la Cour estime que « *la règle nationale limitant l'effet rétroactif d'une demande introduite en vue d'obtenir une prestation d'incapacité de travail satisfait [aux principes d'équivalence et d'effectivité]* »[1685]. Si l'invocation de l'arrêt *Emmott* n'était en effet pas pertinente dans cet arrêt, cette affaire-là concernant les délais de forclusion, la Cour aurait pu jouer avec le critère d'effectivité, sans trop bousculer l'ordre établi. Au lieu de cela, elle a accepté la justification corrective tenant à l'équilibre des comptes de la sécurité sociale et à une bonne administration de la justice, sans procéder à aucun contrôle de proportionnalité de cette justification. Plus déroutant encore, l'arrêt *Johnson* reprend la même argumentation alors que ce n'est pas un régime contributif et que par conséquent l'exigence d'équilibre financier est bien moins impérieuse[1686]. La Cour ne donne ici pas plus de justifications que dans l'arrêt *Steenhorst-Neerings*, mais l'avocat général Gulmann avait estimé qu' « il est peut-être également exact que la nécessité de préserver l'équilibre financier d'un régime de sécurité sociale se fait davantage sentir dans le cas des régimes contributifs que dans le cas des régimes non contributifs. Mais cela n'est pas suffisant pour traiter différemment des règles nationales relatives aux délais qui ont en substance le même objet »[1687]. À l'évidence, en acceptant avec une certaine facilité les justifications correctives avancées par les États membres, la Cour de justice ne fait pas montre d'une grande sévérité face à la limitation des effets rétroactifs des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union. Mais, tout bien considéré, pouvait-elle se permettre une centralisation de la compétence procédurale en ce domaine, alors que les outils à sa disposition sont quasiment absents ? Assurément, son rôle d'interprétation du droit de l'Union nécessite que préexistent des normes à interpréter, ce qui n'est pas le cas en matière de rétroactivité, si bien que la compétence procédurale ne peut être exercée que par le juge national. Cette position logique tranche pourtant avec l'audace dont la Cour a ponctuellement fait preuve en matière de régime transitoire.

[1684] Respectivement CJCE, 4 décembre 1986, aff. 71/85, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Rec. p. 3870 ; et CJCE, 8 mars 1988, aff. 80/87, *Dick*, Rec. p. 1612.
[1685] *Steenhorst-Neerings*, *op. cit.*, pt. 16.
[1686] *Elsie Rita Johnson*, *op. cit.*, pts 33-34.
[1687] Conclusion de l'avocat général C. Gulmann rendues le 1er juin 1994 dans l'affaire *Ibid.*, pt. 29.

2. Les audaces du régime transitoire

565. Contrairement au reste de la jurisprudence relative aux effet dans le temps du droit de l'Union, la Cour a fait preuve d'audace dans l'encadrement des régimes transitoires. L'intention de l'État membre est un élément déterminant, en ce qu'une volonté de limiter spécifiquement les possibilités de récupérer une créance à la suite d'un arrêt de la Cour de justice ne peut être acceptable (a). En dehors de ce cas de figure, libre aux États membres de réduire un délai de forclusion avec effet rétroactif, à la seule condition qu'un régime transitoire soit prévu (b).

a. La réduction du délai après un arrêt de la Cour

566. Dans la vie normale d'une procédure nationale relative à la fixation de délais à peine de forclusion, les États ont l'habitude d'y apporter régulièrement des modifications, avec effet rétroactif[1688]. Les règlementations nationales relatives à la détermination d'un régime transitoire lorsque les règles du délai sont modifiées avec effet rétroactif[1689], ont sans doute donné lieu à la jurisprudence la plus audacieuse de la Cour de justice en matière de délais de forclusion. Par exception à la liberté qu'ont les États membres de régler les modalités procédurales internes, il a été refusé qu'un État membre réduise avec effet rétroactif un délai de forclusion lorsque le remboursement qu'il encadre porte sur une imposition déclarée contraire au droit de l'Union par un arrêt de la Cour de justice[1690]. Cette jurisprudence est

---

[1688] Par exemple, en France, l'article 26-II de la loi n. 2008-561 du 17 janvier 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, dispose que « les dispositions de la présente loi qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ». Ce fut le cas auparavant de l'article 46 de la loi n. 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, citée par J. HÉRON, *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, p. 135. Peut être citée encore la grande réforme du droit des obligations allemand en 2002, qui a fait passer le délai de droit commun de 30 à 3 ans, codifié à l'article 195 BGB. Voir sur ce dernier point Y. LEVANO, « La prescription extinctive en droit allemand après la réforme du droit des obligations », *RIDC*, 2004, vol. 56, n° 4, pp. 947-958.

[1689] Les rapports entre droit transitoire et effet rétroactif d'une disposition nouvelle ont notamment été approfondis par J. HÉRON, dans son ouvrage *Principes du droit transitoire*, *op. cit.*, spéc. pp. 133 et s. Nous renvoyons à ses développements, par lesquels il considère que « on peut qualifier l'application de la loi nouvelle de rétrospective, puisque la loi nouvelle entraine un morcellement de l'effet juridique ». Nous ne résistons pas à l'envie de citer, à l'appel de ce « morcellement », les mots conclusifs de D. SIMON au colloque sur le droit transitoire : « C'est ainsi que le droit contemporain a un problème de concordance des temps : il n'y a pas de passé simple, ou alors il est très imparfait. Il n'y a pas, sauf dans nos rêves les plus fous, de plus que parfait. Il n'y a qu'un passé composé, décomposé, recomposé par le juge, selon une machinerie derridienne qui parfois se dérègle en une construction aussi subtile qu'incompréhensible qu'on appelle le futur antérieur », D. SIMON, « Les juges européens et le droit de la transition », *op. cit.*, p. 96.

[1690] *Deville*, *op. cit.*, pt. 13 ; sur cet arrêt voir D. SIMON, « Les juges européens et le droit de la transition », *op. cit.*, p. 83 ; *Edis*, *op. cit.*, pt. 24 ; *Dilexport*, *op. cit.*, pt. 38 ; *Marks & Spencer (I)*, *op. cit.*, pt. 36 ; *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 87.

ancienne et stable car elle est l'expression simple du principe de loyauté de l'article 4, paragraphe 3 TFUE[1691]. Il ne peut être ignoré en effet qu'un État membre qui réduit spécifiquement les possibilités pour un assujetti de réclamer le remboursement de taxes contraires au droit de l'Union souhaite limiter les effets d'un arrêt de la Cour de justice[1692]. Cette constatation avait d'abord été repérée par le juge dans l'arrêt *Barra* du 2 février 1988, en matière de remboursement du minerval belge indument payé par les étudiants non nationaux[1693]. Dans cette affaire, le Parlement belge avait voté une loi, quelques mois après la déclaration d'incompatibilité du minerval par la Cour de justice, retirant aux étudiants le droit de demander le remboursement des frais payés avant le prononcé de l'arrêt[1694]. La Cour censure alors cette attitude qui visait ouvertement à anéantir la portée de l'arrêt de la Cour de justice[1695]. Il ne s'agit pas, alors, de modifier les délais de forclusion, mais les effets sur les possibilités de recours sont les mêmes que ceux résultant de la situation dans l'affaire postérieure *Deville*, dont l'arrêt n'est rendu que quelques mois après, en juin 1988[1696]. Il faut toutefois reconnaître que la Cour ne fait pas ici référence à cet arrêt *Barra*, ni même l'avocat général Slynn dans ses conclusions. Il faut attendre l'arrêt *Edis*, rendu dix ans plus tard, pour que la Cour fasse expressément un lien entre les deux situations[1697]. Le droit français ayant été spécifiquement visé dans l'arrêt *Deville*, rendu le 29 juin 1988 sur renvoi du tribunal de grande instance de Lille, on peut dire aujourd'hui que cette question semble ne plus poser de problème particulier pour le juge de cet État membre[1698].

567. La Cour s'attache alors à déterminer si la réduction du délai de recours est « *destinée à limiter spécifiquement les conséquences des constatations effectuées par la Cour* » dans ses arrêts déclarant une disposition contraire au droit de l'Union[1699]. Au point précédant chaque

---

[1691] *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 92.
[1692] *Dilexport*, *op. cit.*, pt. 40 ; *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pts 89-90.
[1693] *Barra*, *op. cit.*
[1694] L'arrêt constatant la contrariété avec le droit communautaire du minerval belge est l'arrêt *Gravier*, *op. cit.*
[1695] *Barra*, *op. cit.*, pt. 19.
[1696] *Deville*, *op. cit.*
[1697] *Edis*, *op. cit.*, pts 22-23.
[1698] Le législateur français, pour se conformer à un décision de la Cour de justice qui rendait caduque une taxe spéciale sur les voitures, avait supprimé par une loi du 11 juillet 1985 ladite taxe, mais avait fixé l'échéance pour réclamer la répétition de la taxe au 31 décembre de la deuxième année qui suivait son paiement. Pour monsieur Deville, cela signifiait qu'il avait jusqu'au 31 décembre 1984 pour redemander le remboursement de la taxe, sachant que l'arrêt de la Cour de justice la rendant caduque est intervenu le 9 mai 1985… (*Humblot*, *op. cit.*).
[1699] Voir en premier lieu l'arrêt *Deville*, *op. cit.*, pt. 13. Par la suite, d'autres arrêts ont repris cette exigence. Ce sont les arrêts *Edis*, *op. cit.*, pt. 23 ; *Aprile Srl*, *op. cit.*, pt. 31 ; *Dilexport*, *op. cit.*, pt. 38 ; *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 87. Au point 89 de ce dernier arrêt, la Cour se livre même à une

occurrence de cette exigence, la Cour rappelle également qu'il découle de l'arrêt *Barra* que la réduction du délai ne peut pas viser les seuls requérants au principal. Cette référence nous paraît surabondante dès lors que la notion de *réduction spécifique* vise de toute évidence, selon nous, les situations dans lesquelles la modification du délai concerne *a fortiori* les seuls requérants. Si, en effet, limiter spécifiquement les conséquences d'un arrêt de la Cour saisie à titre préjudiciel consisterait à ne viser que le droit né du droit de l'Union, alors le cas dans lequel un requérant ne peut lui-même invoquer ce droit est *a fortiori* une limitation spécifique des conséquences d'une décision de la Cour.

568. Quoi qu'il en soit, cette exigence est doublée d'une autre, contraignant le législateur national à prévoir des délais de forclusion qui soient raisonnables, dans la droite ligne de la jurisprudence *Rewe* et *Comet* sur la durée des délais, à la seule différence qu'il ne s'agit pas d'un délai fixe, mais d'un nouveau délai, assorti d'un régime transitoire. Les effets pour le justiciable restent cependant les mêmes : de quel délai dispose-t-il pour faire valoir devant le juge ses droits qu'il tire du droit de l'Union ? C'est là la question la plus importante. Dispose-t-il de six mois, de trois ans ? S'il disposait auparavant de deux ans, mais que le législateur vient de réduire ce délai à six mois avec effet rétroactif en prévoyant un régime transitoire, dispose-t-il désormais de trois mois ? Et s'il lui restait encore un an sous l'empire de l'ancien délai, cette avancée soudaine de la forclusion rend-elle le délai restant à courir déraisonnablement court ? La notion alors de délai raisonnable va rejoindre celle de délai conforme au critère d'effectivité[1700]. Pour s'adapter aux particularités qui font que le régime transitoire réduit inéluctablement les délais qui étaient déjà en train de courir, la Cour applique cette notion de délai raisonnable avec plus de précision. En effet, alors que dans les arrêts de la « filiation » *Rewe* et *Comet* elle ne faisait que constater qu'un certain délai est conforme au droit communautaire, elle recherche au contraire dans le cadre du régime transitoire, si les justiciables ont reçu « *la possibilité de préparer leur action autrement que dans la précipitation liée à l'obligation d'agir dans une urgence sans rapport avec les délais sur lesquels ils pouvaient initialement compter* »[1701]. C'est sur ce point précis que la Cour a apporté un élément fondamental à la délimitation de l'exercice de la compétence procédurale, faisant jouer en sa faveur la subsidiarité juridictionnelle.

---

enquête sur les motivations qui avaient poussé le législateur autrichien à réduire les délais de forclusion. Voir sur ce point précis le commentaire de D. SIMON, « Vers un renforcement modéré de l'encadrement jurisprudentiel des règles nationales de répétition de l'indu ? », *Europe*, 2003, pp. 6-8.

[1700] Voir ci-dessous Chapitre I, Section 1, II.

[1701] *Grundig Italiana SpA*, *op. cit.*, pt. 38.

b. La réduction du délai en dehors d'un arrêt de la Cour

569. En dehors des cas de révision d'une procédure pour échapper aux effets d'un arrêt de la Cour, les États membres sont libres de régler les modalités procédurales relatives aux délais. Dans l'arrêt *Marks & Spencer* du 11 juillet 2002, les juges sont pour la première fois face à une réglementation qui, en dehors de toute réaction suite à un arrêt de la Cour, raccourcit le délai au terme duquel le recours tendant au remboursement d'une TVA indument perçue est prescrit[1702]. Le législateur britannique, qui avait d'abord prévu un délai de prescription de six ans pour réclamer le remboursement d'un montant de TVA indument payé, a brusquement et rétroactivement réduit ce délai à trois ans par la loi de finances pour 1997. L'effet rétroactif ici est double : non seulement le nouveau délai s'applique à toutes les situations nées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 1997, mais la disposition est réputée être entrée en vigueur au 18 juillet 1996, soit neuf mois plus tôt[1703]. Cette *rétroactivité de la rétroactivité* a été catégoriquement sanctionnée par la Cour de justice, en ce qu'elle ne prévoyait aucun régime transitoire. Si elle considère que les États membres peuvent réduire le délai pendant lequel peut être demandé le remboursement de la taxe, « *c'est à la condition non seulement que le nouveau délai fixé présente un caractère raisonnable, mais également que cette nouvelle législation comporte un régime transitoire permettant aux justiciables de disposer d'un délai suffisant, après l'adoption de celle-ci, pour pouvoir introduire les demandes de remboursement qu'ils étaient en droit de présenter sous l'empire de l'ancienne législation* »[1704]. Nous pourrions voir là un recul de la Cour par rapport à sa jurisprudence *Deville*, qui excluait toute possibilité de réviser la durée d'un délai. Mais deux raisons expliquent ce relatif assouplissement de la Cour. La première est qu'assimiler les deux situations serait faire fi de l'intention qui était alors affichée par l'État membre, dans l'affaire *Deville*, de contourner l'effet d'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes. La seconde est que dans la jurisprudence qui a suivi la logique *Deville*, la Cour devait se prononcer sur des procédures internes qui, en réduisant les délais de recours, limitaient par la même occasion les effets des arrêts de la Cour. Or, nous savons que la Cour est seule compétente, *procéduralement* parlant, pour faire varier dans le temps les effets des arrêts rendus sur renvoi préjudiciel[1705].

[1702] *Marks & Spencer (I)*, *op. cit.*
[1703] Article 47, paragraphe 2, de la loi de finances pour 1997, adoptée le 19 mars 1997.
[1704] *Marks & Spencer (I)*, *op. cit.*, pt. 38. Voir également l'arrêt *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pt. 58.
[1705] *Defrenne II*, *op. cit.*, pt. 75.

570. Par conséquent, il semble qu'à la lecture de la jurisprudence de la Cour de justice, si les États membres sont autorisés à raccourcir un délai de forclusion avec effet rétroactif, ils doivent prévoir néanmoins un régime transitoire permettant aux justiciables de disposer d'un délai suffisant pour pouvoir introduire leur action[1706]. Or, le législateur britannique s'est entêté dans la réduction des délais de forclusion, en prévoyant, cette fois pour toute restitution d'impôt indûment perçu, non seulement un délai plus court, mais une prescription avec effet rétroactif. La Cour de justice, jugeant cette privation de droits au profit des particuliers plus grave encore que celle qui avait amené à l'arrêt *Marks & Spencer*, a alors accueilli favorablement le recours en manquement de la Commission dans un arrêt du 18 décembre 2014, et déclaré que le Royaume-Uni avait manqué à ses obligations découlant du droit de l'Union[1707]. Cette fois, dès avant le prononcé de l'arrêt, le gouvernement britannique a promis de présenter au Parlement une mise en conformité de la loi avec la jurisprudence de la Cour[1708].

571. La leçon a bien été retenue par le législateur français qui, pour chacune des dernières modifications de l'article L 190 du livre des procédures fiscales, a précisé à bon escient que le nouveau délai ne s'appliquerait que pour les décisions juridictionnelles rendues après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle[1709]. Par conséquent, il n'a pas été nécessaire de prévoir des régimes transitoires avec des délais de forclusion temporaires.

572. Une fois qu'il est établi que le droit national doit prévoir des dispositions transitoires lorsqu'il réduit la durée d'un délai de forclusion, la question a pu se poser de savoir quelle doit

---

[1706] *Marks & Spencer (I)*, *op. cit.*, pt. 38 ; *Wienand Meilicke*, *op. cit.*, pt. 58.

[1707] CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-640/13, *Commission contre Royaume-Uni*, n. e. p. Voir le commentaire de L. BERNARDEAU et O. PEIFFERT, « Jurisprudence de la CJUE, fiscalité directe (nov./déc. 2014) », *Droit fiscal*, n. 5, 5 février 2015, p. 126. D'après la Commission européenne, « *les considérations qui sous-tendent [l'arrêt Marks & Spencer] vaudraient à plus forte raison dans la présente affaire. En effet, si une législation nationale qui prive les justiciables de toute possibilité d'exercer un droit de recours dont ils disposaient jusqu'à son adoption est incompatible avec le principe d'effectivité, une disposition, telle que l'article 107 de la loi de finances de 2007, qui prive rétroactivement les justiciables d'un recours qu'ils ont déjà introduit devant les juridictions compétentes le serait d'autant plus* ».

[1708] Cette disposition était de toute façon devenue inapplicable suite à une arrêt de la Supreme Court of the United Kingdom du 23 mai 2012, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue and another*.

[1709] Ainsi, lorsque le délai est passé le 1er janvier 2006 de quatre à trois ans, un « NOTA » a été inséré l'article L 190 in fine précisant que « Ces dispositions s'appliquent aux réclamations invoquant la non-conformité d'une règle de droit à une norme supérieure révélée par une décision juridictionnelle ou un avis rendu au contentieux intervenu à compter du 1er janvier 2006 ». Il en est allé de même après la dernière révision en date de cet article, entrée en vigueur le 1er janvier 2013 : « Loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finance rectificative pour 2012, article 26 III : Ces dispositions s'appliquent aux réclamations et demandes fondées sur une décision juridictionnelle ou un avis rendu au contentieux prononcés à compter du 1er janvier 2013 ».

être la durée de cette transition à l'entrée en vigueur du nouveau délai. Dans l'arrêt *Grundig Italiana* rendu quelques mois après l'arrêt *Marks & Spencer*[1710], la Haute juridiction, en présence d'un régime transitoire trop court, lui a en effet substitué son propre régime. C'est la Cour elle-même qui a déterminé dans cette affaire quel délai, selon elle, pouvait être considéré comme raisonnable pour constituer un régime transitoire respectant le critère d'effectivité. L'exigence selon laquelle le justiciable doit disposer du temps lui permettant de préparer son dossier en dehors de toute précipitation inopinée, lui permet ensuite de déclarer qu'une période de transition de 90 jours, lorsque le délai est passé avec effet rétroactif de dix ou cinq ans à trois ans, est « *manifestement insuffisante* »[1711]. Même en prenant l'hypothèse d'un délai initial de cinq ans, il ne resterait plus que trois mois au contribuable pour agir alors qu'il pensait disposer de plusieurs années. Enfin, et c'est bien là l'apport le plus spectaculaire de cet arrêt, la Cour fixe elle-même la durée de la période minimale nécessaire à six mois, durée qu'elle juge raisonnable. Cette période permettrait en effet « *aux contribuables normalement diligents* » de prendre en compte le changement de réglementation pour préparer et engager une action « *dans des conditions qui ne compromettent pas leurs chances de succès* »[1712]. Ceci est d'autant plus remarquable que l'Avocat général Colomer avait estimé, dans des conclusions *a fortiori* succinctes, que le régime transitoire de trois mois était suffisant[1713]. Cette intrusion dans le droit procédural interne a pu être critiquée[1714], mais il nous semble que la richesse de la jurisprudence que la Cour a développée sur ce point lui permettait d'aller aussi loin dans le contrôle de l'exercice de la compétence procédurale. De plus, il faut garder à l'esprit que la limitation dans le temps des effets du droit de l'Union a pour conséquence la privation partielle sinon totale des droits que le justiciable tire justement de ce droit de l'Union.

[1710] *Grundig Italiana SpA*, *op. cit.*
[1711] *Ibid.*, pt. 39.
[1712] *Ibid.*, pt. 40. « *Dans un tel cas de réduction du délai d'action de dix ou de cinq ans à trois ans, la durée de la période minimale de transition nécessaire pour que le caractère effectif de l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire soit assuré, en permettant aux contribuables normalement diligents de prendre connaissance du nouveau régime et de préparer et d'engager leur action dans des conditions qui ne compromettent pas leurs chances de succès peut être raisonnablement évaluée à six mois* ».
[1713] Point 30 des conclusions rendues le 14 mars 2002 dans l'affaire *Grundig Italiana SpA*, *Ibid.*
[1714] D. SIMON, « Les juges européens et le droit de la transition », *op. cit.*, p. 86, parlant « d'une ingérence qu'on peut juger contestable dans l'autonomie procédurale des droits nationaux ».

Section 2 – Les questions non prioritaires pour les rapports entre juges

573. Il a pu être reconnu que pour les questions financières qui concernent les États membres, la Cour de justice peut être plutôt timide dans la répartition de la compétence procédurale, en faisant jouer *a minima* les critères d'équivalence et d'effectivité[1715]. C'est le cas spécifiquement en matière de calcul des intérêts moratoires qui, non seulement ne bénéficient que rarement d'une réglementation utile en droit de l'Union, mais sont des questions qui, étant accessoires au paiement du principal, ne remettent pas en cause l'implication du droit de l'Union. Avançant néanmoins par petits pas en s'inspirant des procédures nationales la Cour a toutefois réussi, par un exemple de coopération juridictionnelle, à normaliser l'encadrement dans ce domaine (I). L'ouverture de voies de recours en droit interne et la désignation des juridictions compétentes ne remettent pas en question, elles non plus, l'implication du droit de l'Union et donc la capacité qu'a le juge interne à renvoyer une question à la Cour de justice. C'est une des raisons qui explique que le contrôle juridictionnel des décisions des autorités nationales ne fasse pas l'objet d'un encadrement rigoureux (II).

I – La normalisation de l'encadrement des intérêts moratoires

574. Ce qui va guider le juge ici, c'est la précision du droit de l'Union sur lequel il fonde ses exigences. En l'absence de dispositions de droit dérivé en matière de réparation du préjudice subi du fait de la violation par l'État membre du droit de l'Union, la Cour de justice exige certes le paiement d'intérêts, mais s'en remet pour se faire à la compétence procédurale nationale. À l'inverse, en présence d'une directive ne prévoyant pas de paiement d'intérêts lorsque l'État membre rétablit la légalité communautaire à l'égard du justiciable, la Cour en déduit que de tels intérêts, formellement, ne sont pas exigés. En ce qui concerne enfin la restitution des taxes indument perçues par l'État ou des aides par leurs bénéficiaires, l'absence, là encore, de dispositions précises et harmonisées n'a pas permis à la Cour d'engager une jurisprudence volontariste, la modalité procédurale n'était donc pas encadrée à l'origine (A). Par la suite, confortée par sa jurisprudence et sa réception en droit interne, la Cour va généraliser

[1715] C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 284 ; M. PIETRI et D. SIMON, « La jurisprudence en matière de répétition de l'indu : confirmations, précisions, infléchissements », *Europe*, novembre 1998, p. 5.

l'encadrement de cette modalité, désormais pleinement soumise aux critères d'équivalence et d'effectivité (B).

A. Une modalité procédurale à l'origine non encadrée

575. P. Karpenstein et C. Maestripieri, alors respectivement administrateur principal du service juridique et conseiller juridique de la Commission des Communautés européennes l'avaient déjà souligné dans leur rapport en 1976[1716], le droit communautaire « n'a pas dicté les règles spécifiques, par exemple, en matière de procédure », pour l'harmonisation des modalités de récupération des taxes indument perçues par l'État membre. Ce sont donc les États eux-mêmes qui prévoient leurs propres règles, chacune différente, alors qu'il s'agit d'invoquer un droit issu du droit communautaire. Au bord de cette anfractuosité, la Cour n'a pas d'autre choix que de laisser la plus large part de la compétence aux États membres, et les intérêts moratoires sont longtemps restés une *question accessoire* (1), y compris en dehors du seul cas de la répétition de taxes indues, en matière de paiement des prestations sociales (2).

1. Une question accessoire en matière de répétition de l'indu

576. Jusqu'à aujourd'hui, le droit dérivé adopté par les institutions de l'Union en matière d'intérêts moratoires dans le domaine de la restitution de montants indus ou de la réparation est lacunaire. Cette absence d'un droit dérivé susceptible de guider le juge (a) l'a un temps empêché d'encadrer les conditions, voire l'existence même, de ces intérêts, jusqu'à ce qu'il tente un encadrement (b).

a. L'absence de droit dérivé susceptible de guider le juge

577. Avant les arrêts *Rewe* et *Comet* du 16 décembre 1976 qui posent les exigences d'équivalence et d'effectivité, la Cour s'en remettait de façon quasi exclusive au juge national pour l'application de ses procédures dans la mise en œuvre du droit de l'Union. En matière de répétition de l'indu, il n'y avait donc pas encore d'encadrement prétorien, ce qui justifie l'absence d'encadrement dans la jurisprudence antérieure. Cette carence peut être perçue dans les mots de l'avocat général Trabbucchi, prononcés dans ses conclusions du 31 mars 1976 dans l'affaire *Roquette* : « Si donc il appartient au juge national compétent de se prononcer sur l'exactitude de l'application du droit communautaire faite par l'administration française et par conséquent de statuer sur le droit éventuel au remboursement des sommes indument payées par

[1716] P. KARPENSTEIN et C. MAESTRIPIERI, « La restitution de taxes perçues indûment par l'État en droit communautaire », *op. cit.*, p. 202.

la requérante, il doit en être de même en ce qui concerne la dette accessoire des sommes réclamées à titre d'intérêts pour la perception indue »[1717]. De même, l'allocation d'intérêts et leur calcul ont longtemps été absents de tout le droit dérivé des Communautés européennes. Même une fois la procédure de répétition de l'indu encadrée, les modalités de versement des intérêts n'ont pas tout de suite suivi le mouvement. Lors des différents renvois en interprétation opérés par le juge interne, il était malaisé de trouver ne serait-ce que des indices permettant à la Cour de se prononcer sur les exigences du droit communautaire en matière d'intérêts. Lorsque le tribunal administratif de Francfort-sur-le-Main a posé une question préjudicielle en 1981 dans l'affaire *Fromme*, le règlement n. 729/70 relatif au financement de la politique agricole commune exigeait seulement des États membres qu'ils récupèrent les sommes illégalement versées, sans mot dire sur les intérêts, renvoyant à l'initiative du Conseil pour adopter des règles d'application de la récupération[1718].

578. Ainsi, la question du calcul des intérêts – voire de leur existence – lorsque l'État doit répéter une somme indument perçue, ou l'assujetti restituer une aide illégalement versée, a été longtemps considérée par la Cour de justice comme non essentielle, de sorte qu'elle pouvait s'en désintéresser. Elle jugeait en effet que le versement des intérêts[1719], y compris la fixation de leur taux et de la date à partir de laquelle ils doivent être calculés[1720], étaient des « *questions accessoires* » qui devaient être exclusivement réglées par le droit national. Après avoir constaté l'absence de réglementation communautaire en la matière, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Roquette* du 21 mai 1976, elle aurait pu, dans l'arrêt *Express Dairy Food* en 1980, exiger que les règles relatives aux intérêts respectent les critères de l'équivalence et d'effectivité. Le seul obstacle à cette suite logique était, pour l'arrêt *Roquette*, son antériorité de quelques mois avec les affaires *Rewe* et *Comet*, intervenues en décembre 1976. La Cour n'avait alors pas encore

---

[1717] Conclusions de l'Avocat général A. TRABUCCHI du 31 mars 1976, dans l'affaire CJCE, 21 mai 1976, aff. 26/74, *Roquette*, Rec. p. 677, spéc. p. 691. La Cour relève, d'une part, l'absence de législation communautaire sur la question des intérêts en matière de financement de la politique agricole commune, et d'autre part, le renvoi aux dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres pour la perception des montants compensatoires monétaires : arrêt *Roquette*, *Ibid.*, pts 9-11.

[1718] *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.* Voir notamment les conclusions de l'Avocat général P. VERLOREN VAN THEMAAT du 21 janvier 1982, p. 1467, dans lesquelles il regrette que le Conseil n'ait pas adopté des mesures d'applications propres à garantir une application effective et uniforme du droit communautaire.

[1719] *Roquette*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pt. 4. Comme l'a écrit S. PRECHAL, « in early case law the award of interest was an issue left to the discretion of the Member States », *in* « EC Requirements for an Effective Remedy », *in* A. BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, p. 10, sous note 32.

[1720] *Express Dairy Foods*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 28 ; CJCE, 8 mars 2001, aff. jointes C-397/98 et C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, Rec. p. I-1727, pt. 86 ; *Almelo*, *op. cit.*, pt. 60.

découvert ces critères d'encadrement. Or, si l'arrêt *Roquette* déclare en effet que cette question accessoire relève de la seule compétence du juge interne, l'on aurait pu s'attendre à ce que, dans l'arrêt ultérieur *Express Dairy Food*, la constatation de l'absence d'harmonisation n'empêche pas l'encadrement des règles de calcul des intérêts. Intervenu en 1980, cet arrêt ne pouvait en effet, lui, méconnaître l'équilibre posé en décembre 1976. Attendu, l'encadrement de cette question accessoire n'a pas plus été réalisé par les arrêts *Fromme* de la même année ni *Ansaldo* en 1998. C'est finalement avec les arrêts *Metallgesellschaft* en 2001 et *Almelo* en 2006[1721] qu'un espoir d'encadrement classique apparaît. Il nous semble que cette nouvelle position a été facilitée par l'acceptation, de la part des cours et de la doctrine, de l'encadrement des intérêts en matière de réparation dans l'arrêt *Marshall II* en 1993[1722].

b. Une tentative d'encadrement

579. Or, rien n'empêchait la Cour d'interpréter le droit de l'Union dans un sens tel qu'il s'opposerait, ou ne s'opposerait pas, à des modalités particulières dans le calcul des intérêts. À plusieurs reprises, de fait, la Cour a comme tenté d'appliquer la grille d'analyse de l'encadrement de la procédure nationale par les exigences d'équivalence et d'effectivité. Dans cette optique, après avoir considéré catégoriquement dans l'arrêt *Roquette* du 21 mai 1976 que « *le tribunal d'instance avait donc seul compétence pour décider de l'octroi d'intérêts* »[1723], la

[1721] *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pt. 4 ; *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 28 ; *Metallgesellschaft Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, *op. cit.*, pt. 86 ; *Almelo*, *op. cit.*, pt. 60.

[1722] J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques. 1993-1994 », *RTD eur.*, 1994, p. 665, qui souligne la réponse conforme de la Chambre des Lords dans l'affaire Marshall II. Voir aussi SIMON D. et RIGAUX A., « L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe ? », *Europe*, n. 10, octobre 1993, pp. 1-3. Plus explicite encore est le soutien apporté à la solution par B. FITZPATRICK et E. SZYSCZAK, « Remedies and Effective Judicial Protection in Community Law », *The Modern Law Review*, 1994, n° 3, pp. 434-441. Les auteurs estiment à juste titre que « Research shows that the poor amounts of compensation offered to victims of sex discrimination call into question the effectiveness of discrimination law. The ruling in Marshall (No 2) redresses that weakness as well as contributing to the development of a system of effective judicial process in the EC » (p. 440). En France, en matière de restitution d'une taxe indument perçue, un tel contentieux ne pose pas de problèmes particuliers, car les règles de procédure étaient déjà conformes à la solution *Marshall II*. La loi n. 59-1472 du 28 décembre 1959 prévoyait en ses article 97 alinéa 9 et article 99 (JO 29/12/1959, p. 12472) le paiement d'intérêts au taux légal, mais sans fixer de point de départ du calcul. Il faut attendre 1982 pour que la fixation du point de départ du calcul des intérêts au jour du paiement apparaisse à l'article L. 208 du Livre des procédures fiscales. La Cour de cassation a rappelé cette règle du point de départ dans des arrêts de la chambre commerciale du 9 juillet 1996, *Bull*. 1996 IV n. 213 , p. 184, et du 1er avril 1997, n. 95-10.235, *Société Guyenne et Gascogne*, *Bull*. 1997 IV n. 93 p. 82. Il faut relever à cet égard qu'à l'exception de l'arrêt *Roquette*, *op. cit.*, dans lequel le tribunal de grande instance de Lille n'était qu'indirectement visé puisqu'il s'agissait d'un recours en réparation contre la Communauté européenne, les juridictions françaises n'ont jamais été visées par un arrêt de la Cour de justice remettant en cause la validité des modalités de calcul des intérêts en matière de restitution de sommes indument perçues ou versées.

[1723] *Roquette*, *op. cit.*, pt. 13.

Cour de justice, dans l'arrêt *Fromme*, soumet la liberté du juge interne au respect de l'efficacité et de la non discrimination du droit communautaire, c'est à dire une forme proche des critères classiques d'encadrement[1724]. Malheureusement, la Cour considère, par un raisonnement quelque peu obscur, que l'absence d'harmonisation communautaire en matière de paiement des intérêts lors de la récupération de primes de dénaturation indument versées rend impossible le fait que la mesure nationale porte atteinte à l'efficacité du droit communautaire. Elle énonce en effet que « *comme, dans son état actuel, le droit communautaire ne comporte aucune règle sur les modalités de la récupération des primes de dénaturation indûment versées, notamment sur la question de savoir s'il y a lieu de percevoir des intérêts à l'occasion d'une telle récupération, il découle de ce qui précède que, dans les limites indiquées ci-dessus* », les modalité procédurales internes sont compatibles avec ce droit[1725]. La mention des limites, énoncées au point précédent et qui ne sont autres que les exigence d'effectivité et d'équivalence, laissent alors croire que cette question accessoire est réellement encadrée. Or, la Cour poursuit en jugeant aussitôt que « *si la perception d'intérêts tels que ceux décrits par le Verwaltungsgericht ne peut pas être considérée comme portant atteinte à la portée ni à l'efficacité du droit communautaire* », encore faut-il que la mesure respecte la règle de non discrimination[1726]. Il n'est pas expliqué les raisons qui font que la mesure nationale est compatible avec la portée et l'efficacité du droit communautaire, et l'unique motif qui nous semble pertinent est l'absence d'harmonisation communautaire. Le principe de l'interdiction de la discrimination demeure cependant, mais c'est au juge interne qu'il revient de rechercher son éventuelle violation[1727]. Il est ainsi constant que depuis l'arrêt *Roquette* du 21 mai 1976, l'absence de toute réglementation communautaire en matière d'intérêts moratoires limite la capacité du juge de Luxembourg à poser des exigences réellement contraignantes.

580. Un autre cas d'encadrement incomplet est venu de l'arrêt *Ansaldo* du 15 septembre 1998. Cette fois, la Cour, après avoir rappelé que le calcul des intérêts est une question accessoire qui, en l'absence de règlement communautaire, doit être réglée par le droit national, traite le seul critère d'équivalence, sans se soucier du critère d'effectivité[1728]. Or, la question préjudicielle posée par le juge de renvoi portait sur la différence de régime entre le remboursement d'impositions perçues en violation du droit communautaire, et l'action en

[1724] *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pts 6-7.
[1725] *Ibid.*, pt. 8 (nous soulignons).
[1726] *Ibid.*, pt. 9.
[1727] *Ibid.*, pt. 9 ; voir également, dans le cadre de la réparation, *Almelo*, *op. cit.*, pt. 60.
[1728] *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 29.

répétition de l'indu entre particulier[1729]. La Cour précise bien, à ct égard, que dans un tel cas le critère de l'équivalence ne peut être enfreint, car nous faisons face ici à deux droit matériels différents, qui ont chacun leur propre procédure : l'action en restitution d'impositions indument perçues par l'État membre d'une part, et l'action en répétition de l'indu entre particuliers d'autre part. Le critère de l'équivalence devant nécessairement s'appuyer sur deux droits substantiels équivalents, l'un devant être d'origine nationale, et l'autre, européenne, il ne peut trouver à s'appliquer dans une situation où ce sont deux droits substantiels nationaux, non équivalents de surcroît. Or en l'espèce, l'action contre l'État membre et l'action entre particuliers sont deux droits substantiels de source nationale et qui ne sont pas équivalents. La procédure qui leur est appliquée, du point de vue du critère de l'équivalence, peut donc naturellement être différente dans les deux cas.

581. On peut néanmoins se demander pourquoi la Cour s'attache à ne pas traiter le critère d'effectivité, alors que la question préjudicielle ne porte pas explicitement sur le seul critère de l'équivalence. La Cour aurait pu aisément comprendre la question posée comme portant sur la validité d'une telle différence de traitement entre administration et particuliers au regard de l'effectivité du droit communautaire. Il convient en effet de s'interroger sur le fait que l'administration bénéficie de conditions plus favorables que les particuliers. La constatation issue de l'analyse de cette jurisprudence est que la Cour de justice néglige le critère d'effectivité du droit de l'Union, comme si son seul souci, dans le meilleur des cas, serait d'éviter une situation procédurale discriminatoire. Étant donné que l'appréciation du respect du critère de l'équivalence relève du juge interne, ce serait un euphémisme de dire que la Cour évite de s'engager. Il ne peut donc être exclu que cette passivité réponde de la volonté du juge de ne pas aller trop loin sur une question qui n'était, après tout – et d'après lui –, qu'accessoire.

2. L'inéligibilité des prestations sociales

582. La Cour a formellement considéré que le droit communautaire n'obligeait pas les États membres à payer des intérêts lorsqu'ils payent avec retard à un assuré social des prestations auxquelles il pouvait prétendre conformément à une directive communautaire. C'est l'unique arrêt *Sutton*, rendu en grande chambre le 22 avril 1997, qui pose ce principe[1730]. En l'espèce,

---

[1729] « *la juridiction de renvoi demande en substance si, en cas de remboursement d'impositions perçues en violation du droit communautaire, ce dernier s'oppose au versement d'intérêts selon des modalités de calcul moins favorables que celles en vigueur dans le cadre du régime commun de l'action en répétition de l'indu* » *Ibid.*, pt. 24.

[1730] CJCE, 22 avril 1997, aff. C-66/95, *Sutton*, Rec. p. I-2180.

Madame Sutton, ressortissante britannique, avait dû cesser son activité professionnelle pour pouvoir s'occuper de sa fille, gravement malade. Elle n'était cependant pas éligible à une prestation sociale accordée pendant la période d'activité, l' « Invalid Care Allowance », car âgée de 63 ans, elle avait dépassé l'âge de la retraite des femmes fixé à 60 ans au Royaume-Uni. L'âge de la retraite étant atteint, pour les hommes, à 65 ans, Madame Sutton a pu faire valoir l'illégalité des conditions d'octroi de la prestation sociale, au regard de la directive 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale[1731]. Le juge national a donc fait droit à la requérante et a ordonné le paiement d'une partie seulement de l' « Invalid Care Allowance » qu'elle aurait dû percevoir, l'effet rétroactif étant limité à un an avant la date de la demande[1732]. La limitation de la période prise en compte pour le calcul de la prestation due n'a pas fait l'objet de contestations, la requérante s'étant concentrée sur le rejet de sa demande en paiement d'intérêts. La requérante invoque l'obligation dégagée par la Cour de justice dans l'arrêt « *Marshall II* » de verser des intérêts sur le fondement de l'article 6 de la directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail[1733]. Cet article dispose que « Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non application à son égard du principe de l'égalité de traitement […] de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes ». L'article 6 de la directive 79/7/CEE invoqué par Madame Sutton, est libellé comme suite : « Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non application du principe de l'égalité de traitement de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes ». Ces articles sont donc quasiment

[1731] Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, *JOCE* n° L6 du 10/01/1979, p. 24, telle qu'interprétée par l'arrêt CJCE, 30 mars 1993, aff. C-328/91, *Thomas e. a.*, Rec. p. I-1267.

[1732] Il faut noter à ce propos que la règle de limitation de la rétroactivité du rattrapage du paiement des prestations sociales n'était pas contestée devant la Cour de justice des Communautés européennes. Madame Sutton, en effet, a reçu le paiement de prestations sociales à partir de l'année 1986, date à laquelle elle avait 62 ans, alors qu'elle y avait droit depuis qu'elle était légalement à la retraite, à l'âge de 60 ans, donc dès 1984. Madame Sutton aurait ainsi pu tenter d'obtenir un rattrapage plus conséquent.

[1733] Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, *JOCE* n° L39 du 14/02/1976, p. 40.

identiques, et sont insérés dans des directives qui toutes deux poursuivent le même objectif, celui de tendre à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, que cela soit en matière d'emploi ou en matière de sécurité sociale[1734].

583. Or, les juges de Luxembourg refusent à Madame Sutton la possibilité de demander auprès du juge interne le paiement d'intérêts. Ils estiment, à bon droit, que la situation est différente de l'affaire « *Marshall II* »[1735], où le recours en droit interne était un recours en réparation pour violation du droit communautaire par le Royaume-Uni. D'un point de vue pragmatique, il est vrai que Madame Marshall, qui avait été licenciée, ne pouvait obtenir qu'un dédommagement assimilable à une réparation pour un préjudice effectivement subi. Dans ce cadre, il est largement admis que la réparation d'un préjudice se fait à l'aide de dommages et intérêts et que cela inclut, si cette lapalissade nous est permise, des intérêts. Madame Sutton, en revanche, n'agit pas dans le cadre d'une action en réparation, mais d'une action qui s'apparente plus à une demande en répétition de l'indu, avec cette différence toutefois qu'elle ne demande pas le remboursement d'un montant qu'elle aurait versé, mais le paiement simple d'un montant qu'elle n'a jamais perçu. L'effet est néanmoins identique, en ce qu'il prive illégalement pendant une période déterminée la requérante de moyens financiers. C'est en ce point que nous rapprochons l'affaire *Sutton* des affaires en matière de répétition de l'indu. La Cour aurait pu écrire ici que la question du paiement des intérêts est une question accessoire qui relève de la seule compétence du juge interne, dans la mesure où il respecte les principes d'encadrement, même partiellement appliqués par la Cour[1736]. Si ce choix rédactionnel a malheureusement été écarté, éloignant une occasion de cohérence sur ce point, c'est que la directive 79/7/CEE ne prévoit pas un tel paiement d'intérêts. En revanche, dans l'affaire *Marshall II*, c'est la combinaison de la directive 76/207/CEE avec le droit à réparation, qui trouve son fondement directement dans le droit communautaire, qui permet à la Cour d'exiger le paiement d'intérêts.

584. Notre position est d'ailleurs confirmée par le raisonnement subséquent de la Cour qui aborde la question de la réparation du préjudice subi par Madame Sutton. C'est en effet par un *obiter dictum* que la Cour de justice répond à une question qui ne lui est pas posée par le juge interne, mais qui est évoquée par Madame Sutton dans l'ordonnance de renvoi : l'absence

---

[1734] C'est, du moins, l'argument avancé par la requérante au principal, et que nous faisons nôtre. Voir l'arrêt *Sutton*, *op. cit.*, pt. 21.

[1735] *Marshall II*, *op. cit.* Voir SIMON D. et RIGAUX A., « L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe ? », *Europe*, n. 10, octobre 1993, pp. 1-3.

[1736] Ainsi qu'elle l'avait fait dans l'arrêt *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, l'arrêt *Ansaldo*, plus explicite, n'étant pas encore rendu à la date de l'arrêt.

d'obligation de lui verser des intérêts tient-elle lorsque le recours introduit à l'encontre de l'État membre est un recours en responsabilité pour non respect du droit communautaire ? La Cour de justice rappelle alors la solution qu'elle avait dégagée dans sa jurisprudence *Francovich*[1737], et qui oblige l'État membre à réparer le préjudice subi par le justiciable, et de tirer toutes les conséquences de cette obligation[1738]. On peut facilement imaginer que, malgré le silence de la Cour, les conséquences de cette obligation de réparer incluent le paiement d'intérêts, comme exigé depuis l'arrêt *Marshall II*.

B. Une obligation d'encadrement désormais généralisée

585. Délaissé lorsqu'il n'est considéré que comme une question accessoire, le paiement d'intérêts retrouve la faveur des juges dès lors que le montant qu'il peut atteindre est tellement important, par rapport au montant du principal, qu'il ne peut plus être ignoré. Cela a valu d'abord en matière de réparation du préjudice, mais également en matière de répétition d'une taxe indument perçue par l'État membre. Désormais, le paiement des intérêts moratoires est une composante indispensable du dédommagement (1), cette obligation découlant directement du droit de l'Union (2).

1. Une composante indispensable du dédommagement

586. Depuis l'arrêt *Marshall II* du 2 août 1993[1739], il est entendu que les États membres peuvent se voir contraints, lorsque leur responsabilité pour violation du droit communautaire est engagée[1740], de faire droit à une demande en réparation des dommages causés par ladite violation. Dans cette affaire, la Cour a considéré que les intérêts en cause constituent une « *composante indispensable d'un dédommagement permettant le rétablissement de l'égalité de traitement* »[1741]. À ce moment-là, seul l'article 6 de la directive 76/207 relative à la mise en œuvre de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'accès à l'emploi était concerné par cette obligation de paiement des intérêts. S. Prechal en avait d'ailleurs provisoirement conclu que cette seule disposition particulière permettait le paiement d'intérêts, et que l'extension de cette obligation demeurait incertaine[1742]. De plus, le montant de ces

[1737] *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*, pts 41-43.
[1738] *Sutton*, *op. cit.*, pt. 35.
[1739] *Marshall II*, *op. cit.*
[1740] *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*
[1741] *Marshall II*, *op. cit.*, pt. 31.
[1742] S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy », *op. cit.*, p. 10.

intérêts représentait presque la moitié du montant du préjudice[1743]. L'Industrial Tribunal avait en effet évalué la perte financière due au licenciement illégal à un montant total de 18 405 UKL, incluant des intérêts à hauteur de 7 710 UKL, soit 42% du montant total. Pour la Cour, une réparation intégrale du préjudice, exigée au nom d'une réparation adéquate[1744], doit prendre en compte l'écoulement du temps, qui est susceptible de réduire la valeur de cette réparation[1745]. Le paiement des intérêts est donc nécessaire pour pallier les conséquences du passage du temps.

587. La solution a ensuite été étendue au domaine des règles de concurrence par les arrêts *Courage et Créhan* du 20 septembre 2001[1746] et *Manfredi* du 13 juillet 2006[1747]. Dorénavant, il semble que l'obligation d'inclure le paiement d'intérêts dans le calcul du montant du dédommagement soit exigible dans toutes les situations de mise en cause de la responsabilité de l'État membre pour violation du droit de l'Union, quelle que soit la part du montant des intérêts dans le montant total du dédommagement.

[1743] Voir l'arrêt *Marshall II*, *Marshall II*, *op. cit.*, pt. 4.
[1744] *Ibid.*, pt. 26.
[1745] *Ibid.*, pt. 31.
[1746] *Courage et Crehan*, *op. cit.*, pt. 27. Voir L. IDOT, *Europe*, novembre 2001, Comm. n. 330, p. 12-13 ; A. JONES, D. BEARD, *ECLR*, 2002, p. 246-256 ; R. KLAGES, *RDUE*, 2001, n. 4, p. 1003-1005 ; O. ODUDU, J. EDELMAN, *ELR*, 2002, p. 327-339.
[1747] *Manfredi*, *op. cit.* Voir B. BONNAMOUR, *RLDA*, 2006, n. 10, p. 72-73 ; M. CHAGNY, *RLC*, 2006, n. 9, p. 86-89 ; B. CHEYNEL, *RLDA*, 2006, n. 9, p. 54 ; P. IANNUCCELLI, « La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concurrence », *RLC*, 2006, n. 9, p. 67-72 ; L. IDOT, *Europe*, octobre 2006, n. 291, p. 24-25 ; C. NOURISSAT, *Procédures*, 2007, n° 8, pp. 68-67 ; J. PHILIPPE, T. JANSSENS, *Gaz. Pal.*, 2006, n. 305-308 I Jur., p. 12-13 ; C. PRIETO, *JDI*, 2007, p. 671-674 ; F. ZIVY, « Il faudra encore attendre un peu pour en savoir plus », *Concurrences*, 2006, n. 4, p. 118-119.

2. Une obligation nouvelle découlant du droit de l'Union

588. Confortée par la bonne réception par le juge interne de ses intrusions dans les modalités procédurales relatives aux intérêts, la Cour de justice finalise la normalisation de leur encadrement (b), après un chassé-croisé procédural dans sa jurisprudence (a).

a. L'encadrement exceptionnel des modalités de calcul des intérêts

589. Les errements de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la question du paiement des intérêts en dehors de tout recours en réparation sont assez peu lisibles, mais il est possible de tracer deux chemins qui ont amené à un encadrement classique de cette modalité procédurale. Le premier est l'encadrement de l'exigence de versement d'intérêts nonobstant le fait qu'il s'agisse d'une question accessoire. Le second est le dépassement de la question accessoire lorsque le montant des intérêts est important, devenant alors une question relevant de l'encadrement classique par l'équivalence et l'effectivité. Ces deux voies ont mené la Cour à la normalisation de l'encadrement de l'ensemble des questions liées au paiement des intérêts, de leur existence à leur calcul, indépendamment de leur importance, et dans d'autres domaines que la seule répétition d'une taxe nationale illégale.

590. Le premier chemin est donc celui tracé par l'arrêt *Metallgesellschaft* du 8 mars 2001. La Cour y analyse les modalités internes de calcul des intérêts pour la seule raison que ceux-ci ne constituent pas en l'espèce une question accessoire, étant donné que le montant de ces intérêts « *représente le 'remboursement' de ce qui a été indument versé* »[1748]. Cet arrêt ne constitue donc pas un revirement clair sur la spécificité de l'encadrement des questions accessoires que sont les intérêts, car la question n'est justement pas accessoire en l'espèce. Cette solution rappelle celle de l'arrêt *Marshall II*, dans lequel le montant des intérêts constituait presque la moitié du montant du dédommagement, mais en matière de réparation et non de répétition de l'indu. Plus tard, la Cour acceptera, dans l'arrêt *Test Claimants in the FII Group* du 12 décembre 2006, de ne pas non plus traiter les intérêts comme une question accessoire, alors que ceux-ci n'occupaient pas une place déterminante dans le chiffrage du dommage[1749]. Ce premier chemin emprunté par la Cour de justice a donc permis de faire tomber le credo des intérêts – question accessoire.

[1748] *Metallgesellschaft Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, *op. cit.*, pt. 87.
[1749] CJCE, 12 décembre 2006, aff. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rec. p. I-11753, pt. 205.

591. Cependant, l'évolution de la jurisprudence de la Cour est plus complexe, et concurremment au premier mouvement, un second chemin a été exploré par la Cour. Trois mois avant l'arrêt *Test Claimants in the FII Group*, un arrêt *Almelo* rendu le 7 septembre 2006 est venu poser la règle selon laquelle une question accessoire, même si elle relève de la compétence du juge interne, doit néanmoins respecter les critères de l'équivalence et d'effectivité[1750]. La différence avec le premier chemin est qu'ici, le caractère accessoire est reconnu, et qu'il ne fait pas obstacle à un encadrement classique. La Cour semble en fait retrouver ici la jurisprudence *Fromme* de 1982, dans laquelle elle appelait à encadrer la question accessoire par les exigences de « *non discrimination* » et d'« *efficacité* » du droit communautaire, sans toutefois les appliquer[1751]. *Mieux vaut tard que jamais*, serions-nous tentés de dire, la Cour assume enfin la responsabilité d'encadrer cette question accessoire. Cependant, la mue n'est pas tout à fait parfaite, car une fois encore, comme elle a pu le faire auparavant, seul le critère de l'équivalence semble doué de normativité[1752]. Elle estime en effet que « *lorsque l'État membre prévoit le paiement d'intérêts moratoires à l'occasion de la restitution d'une garantie exigée, en violation du droit interne, ces intérêts sont également dus en cas de violation du droit communautaire* »[1753]. Aucun mot n'est accordé aux conditions du respect du critère d'effectivité. Il est remarquable aussi que la Cour fonde cette exigence d'encadrement non pas sur l'arrêt *Fromme* ou l'arrêt *Ansaldo*, qui avaient esquissé les premiers éléments d'encadrement, mais sur les arrêt *Roquette* et *Express Dairy Food*[1754], qui justement n'avaient absolument pas envisagé un tel encadrement. Dans ces arrêts, la Cour estimait même que la question des intérêts relevait de la « *seule* » compétence du juge interne[1755].

b. L'encadrement normalisé des modalités de calcul des intérêts

592. Ce chassé-croisé entre les deux chemins de la Cour, l'un consistant à relativiser le caractère accessoire des intérêts moratoires, l'autre consistant à tenter un encadrement de ces questions accessoires, aura eu le mérite, malgré sa complexité, de forcer une clarification. Le point final de cette évolution est intervenu avec l'arrêt *Littlewoods Retail* du 19 juillet 2012, sur les modalités de remboursement par un État membre du trop perçu d'une taxe sur la valeur ajoutée. L'apport est double : premièrement, l'obligation d'inclure les intérêts dans le calcul du

[1750] *Almelo*, *op. cit.*, pt. 60.
[1751] *Firma Wilhelm Fromme*, *op. cit.*, pt. 8.
[1752] Voir l'arrêt *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 29.
[1753] *Almelo*, *op. cit.*, pt. 67.
[1754] *Roquette*, *op. cit.* ; *Express Dairy Foods*, *op. cit.*
[1755] *Roquette*, *op. cit.*, pt. 13.

montant à restituer est explicitement reconnue[1756] ; deuxièmement, le taux et le mode de calcul, auparavant du seul ressort du juge interne, doivent désormais respecter les critères de l'équivalence et d'effectivité[1757]. S'ensuit un traitement par la Cour de justice de ces deux critères, avec un niveau d'engagement qu'elle n'avait encore jamais atteint. Sur le critère d'effectivité, les juges de Luxembourg constatent simplement que « *les pertes constituées par l'indisponibilité de sommes d'argent à la suite de l'exigibilité prématurée de l'impôt* » doivent être comprises dans le calcul du montant à rembourser, et que les conséquences de cette indisponibilité se chiffrent à un montant supérieur de 23% au montant de la somme en principal[1758]. Le critère d'effectivité requérant une « *indemnisation adéquate* »[1759], il est clair que le juge britannique qui a posé la question préjudicielle devra accorder la totalité des intérêts, même si la Cour de justice ne le dit pas explicitement. La Cour se borne en effet à mettre en perspective des principes avec la situation factuelle : l'obligation de répétition d'une taxe indument perçue comprend le paiement des intérêts, le calcul de ces intérêts doit respecter le critère d'effectivité, le critère d'effectivité nécessite une indemnisation adéquate, et en l'espèce les intérêts sont d'un montant de 268 millions de livres pour un remboursement de TVA de 204 millions de livres. Il faut également souligner que pour la première fois la Cour renvoie à des arrêts antérieurs qui ne relèvent pas forcément du domaine du paiement des intérêts en matière de répétition de l'indu[1760]. Ce décloisonnement de la procédure de calcul des intérêts ou, comme nous l'appelons également, cette normalisation de son encadrement, ne peut qu'avoir pour effet

---

[1756] La Cour estime ainsi que « *le principe de l'obligation faite aux États membres de restituer avec des intérêts les montants des taxes prélevées en violation du droit de l'Union découle de ce dernier droit* ». Voir l'arrêt *Littlewoods Retail Ltd*, *op. cit.*, pt. 26.

[1757] « *En l'absence de législation de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de prévoir les conditions dans lesquelles de tels intérêts doivent être versés, notamment le taux et le mode de calcul de ces intérêts (intérêts simples ou intérêts composés). Ces conditions doivent respecter les principes d'équivalence et d'effectivité, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des réclamations semblables fondées sur des dispositions de droit interne ni aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union* ». Voir l'arrêt *Ibid.*, pt. 27.

[1758] *Ibid.*, pts 25 et 30.

[1759] W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap Between Community and National Law: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies? », *op. cit.*, p. 691.

[1760] C'est ainsi que pour justifier la compétence procédurale des États membres en matière de calcul des intérêts, elle cite l'arrêt *San Giorgio*, *op. cit.* qui concerne plus largement la restitution des taxes illégales. De même, le principe d'effectivité est justifié par l'arrêt *Wells*, *op. cit.*, qui concerne l'évaluation des incidences environnementales, et par l'arrêt *i-21 Germany et Arcor AG*, *op. cit.*, qui lui concerne l'autorité de la chose jugée en matière de services de télécommunication. Enfin, le principe de l'équivalence est justifié par l'arrêt *Virginie Pontin*, *op. cit.*, qui concerne les voies de recours ouvertes aux femmes licenciées pendant leur grossesse.

de rendre applicable ce raisonnement aux autres domaines de compétence de l'Union[1761]. Ce sera chose faite avec l'arrêt *Zuckerfabrik Jülich* du 27 septembre 2012 en matière de cotisations à la production dans le cadre de la politique agricole commune, et par l'arrêt *Irimie* du 18 avril 2013 en matière de restitution d'une imposition intérieure discriminatoire[1762].

593. La subsidiarité juridictionnelle, exprimée par le niveau d'encadrement de la compétence procédurale du juge interne, est encore plus explicite dans le cadre de la politique agricole commune, compétence exclusive de l'Union. Dans l'arrêt *Zuckerfabrik Jülich*, la Cour met en œuvre le raisonnement classique de l'encadrement de la procédure nationale. Cependant, elle le fait parce qu'elle constate que les décisions de la Commission prévoient que la perception des cotisations par les autorités nationales se fait « *conformément aux dispositions législatives, règlementaires et administratives nationales* ». Ces dispositions sont, « *le cas échéant, adaptées aux exigences du droit de l'Union* ». Par conséquent, « *les litiges relatifs à la restitution de montants perçus pour le compte de l'Union relèvent de la compétence des juridictions internes et doivent être tranchés par celles-ci en application de leur droit national, en la forme et au fond* »[1763]. La Cour explique donc clairement pourquoi, alors qu'elle est en présence d'un domaine fortement concentré entre les mains de l'Union, elle fait appel à l'encadrement classique par les critères de l'équivalence et d'effectivité. D'ailleurs, pour la question préjudicielle suivante, lorsque la possibilité que le juge interne refuse le paiement des intérêts est envisagée, la Cour fait certes référence à l'arrêt *Littlewoods Retail* pour en exiger le paiement, mais elle ne fait aucunement mention de ce qu'elle nomme l'autonomie procédurale des États membres, et encore moins des critères d'équivalence et d'effectivité[1764]. Au contraire, la Cour énonce simplement l'obligation pour le juge interne d'accorder des intérêts de retard à un justiciable qui a payé des cotisations sur le fondement d'un règlement communautaire invalide, alors même que l'État membre ne pourra pas par la suite recouvrer ces intérêts par le biais des ressources propres de l'Union européenne[1765]. Cette tendance, d'une part, à dûment justifier l'utilisation de l'encadrement classique, et d'autre part à ne pas en faire mention sans aucune explication, est symptomatique du degré de concentration de la compétence au niveau de l'Union en matière de politique agricole commune.

[1761] C'est également la position de M. Larché dans son commentaire de l'arrêt, *Europe*, n° 10, octobre 2012, comm. 364.
[1762] Voir respectivement l'arrêt *Zuckerfabrik Jülich*, *op. cit.*, pt. 61., et l'arrêt *Mariana Irimie*, *op. cit.*, pt. 23.
[1763] *Zuckerfabrik Jülich*, *op. cit.*, pt. 58.
[1764] *Ibid.*, pt. 66.
[1765] *Ibid.*, pt. 68.

594. Par conséquent, en présence d'une demande en réparation pour violation par l'État membre du droit de l'Union, des intérêts attachés au calcul du montant du préjudice doivent être accordés, les modalités de mise en œuvre étant du ressort du juge interne sur le fondement de l'exercice de la compétence procédurale[1766]. En présence d'un versement illégal à l'État membre, quelle que soit sa nature, le versement de tels intérêts lors de la restitution du versement illégal est une obligation découlant du droit de l'Union européenne[1767]. Les modalités tenant au taux et au mode de calcul relèvent de la compétence du juge interne[1768]. Sa compétence est néanmoins limitée à l'interdiction de traiter moins favorablement l'octroi de ces intérêts par rapport à celui fondé sur une violation du droit interne, et à celle de rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice par les justiciables des droits conférés par le droit de l'Union. Cette solution vaut pour la restitution de montants perçus pour le compte de l'Union européenne par l'administration des États membres[1769], quand bien même l'État ne pourrait espérer récupérer ces intérêts auprès des ressources propres de l'Union[1770]. Elle vaut également pour la restitution de taxes perçues par l'État membre en violation du droit de l'Union, qu'il s'agisse d'une imposition intérieure discriminatoire[1771] ou d'une violation de la « sixième directive »[1772], ou de montant payés en violation de la liberté de circulation des capitaux et de la liberté d'établissement[1773]. Il en va de même lorsque la restitution est demandée selon la procédure de réparation d'un préjudice[1774].

II – Le contrôle juridictionnel des décisions des autorités nationales

595. Selon l'avocat général Ph. Léger, le principe de protection juridictionnelle effective regroupe deux modalités procédurales : la contestation de tout acte, et l'accès à un juge qui tranchera sur un litige portant atteinte à un droit[1775]. Ces deux composantes de la protection

---

[1766] Voir respectivement CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, *Marshall*, Rec. p. I-4400, pt. 31 ; *Manfredi*, *op. cit.*, pts 95-100.
[1767] *Littlewoods Retail Ltd*, *op. cit.*, pt. 26.
[1768] *Express Dairy Foods*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 28 ; *Almelo*, *op. cit.*, pt. 60 ; *Littlewoods Retail Ltd*, *op. cit.*, pt. 27 ; *Zuckerfabrik Jülich*, *op. cit.*, pt. 61 ; *Mariana Irimie*, *op. cit.*, pt. 23.
[1769] *Express Dairy Foods*, *op. cit.*, pt. 9.
[1770] *Zuckerfabrik Jülich*, *op. cit.*, pt. 61.
[1771] *Ansaldo*, *op. cit.*, pt. 29 ; *Mariana Irimie*, *op. cit.*, pt. 23.
[1772] *Littlewoods Retail Ltd*, *op. cit.*, pt. 27.
[1773] *Metallgesellschaft Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, *op. cit.*, pts 85-87.
[1774] Voir en premier lieu *Marshall II*, *op. cit.* ; et *Manfredi*, *op. cit.* ; mais également *Sutton*, *op. cit.*, pt. 33, même si la Cour ne fait que renvoyer à l'obligation de réparer, sans faire mention du droit aux intérêts ; *Metallgesellschaft Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, *op. cit.*, pts 90-91 ; *Almelo*, *op. cit.*, pt. 67.
[1775] Ph. LÉGER, « Le droit à un recours juridictionnel effectif », *in Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 202. Le principe de protection

juridictionnelle effective peuvent être regroupées au sein de l'exigence d'un contrôle juridictionnel des décisions des autorités nationales[1776]. Ce contrôle juridictionnel appelle lui-même à une opération créatrice qui consiste à ouvrir une voie de droit au justiciable (A), avec pour conséquence immédiate que le législateur doit désigner le juge qui assumera cette voie de droit. Or, lorsqu'un État membre n'a pas prévu – ou le plus souvent, a *mal* prévu – la juridiction compétente censée accueillir les recours fondés sur le droit de l'Union, la Cour de justice intervient (B) et ce, avec des exigences plus ou moins précises.

A. L'ouverture des recours aux justiciables en droit interne

596. La distinction opérée par Ph. Léger entre contestation d'un acte et accès à un juge permet de regrouper une part de la jurisprudence dans ce domaine, ayant trait d'une part à l'existence d'une voie de droit (1), et d'autre part à l'information du justiciable (2), indispensable pour permettre la contestation d'un acte.

1. L'existence d'une voie de droit

597. Tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles invocables issues du droit de l'Union dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national[1777]. Ainsi, la Cour n'impose pas de standard minimum d'effectivité de la voie de droit interne, à ceci près que l'action prévue par le droit national doit pouvoir « *assurer le respect des règles communautaires d'effet direct* », la référence à l'effet direct ayant désormais disparu. Elle est conforme au droit de l'Union tant qu'elle n'est pas discriminatoire à son égard. La retenue de la Cour s'explique par le fait que le traité, selon la célèbre formule, « *n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celle établies par le droit national* »[1778]. En revanche, la timide exigence, formulée en creux par la Cour, d'assurer le respect du droit communautaire, est tirée simplement du « *système de protection juridique* » institué par l'article 267 TFUE[1779]. Au bout

---

juridictionnelle effective a été élevé au rang de principe général du droit par la Cour dans l'arrêt *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 18.

[1776] Voir pour une première formulation claire du principe l'arrêt *Heylens*, *op. cit.*, pt. 14. La Cour y écrit : « *l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle contre toute décision d'une autorité nationale refusant le bénéfice [d'un droit] est essentielle pour assurer au particulier la protection effective de son droit* ». Voir aussi *Siples*, *op. cit.*, pt. 20.

[1777] CJCE, 7 juillet 1981, aff. 158/80, *Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen*, Rec. p. 1805, pt. 44.

[1778] *Ibid.*, pt. 44.

[1779] *Ibid.*, pt. 44.

de cette logique de non ingérence, il a été considéré ensuite qu'une voie de recours autonome n'était pas exigée, d'autant moins lorsque le requérant a la possibilité d'introduire un recours en responsabilité contre l'État membre, voire d'attaquer une décision de rejet de l'administration qu'il aurait provoquée[1780]. Il faut relever que cette dernière décision est fondée sur le principe de protection juridictionnelle effective. Or, si l'on considère désormais l'arrêt *Johnston* du 15 mai 1986, on voit alors poindre une apparente contradiction.

598. Selon cet arrêt fondateur, l'existence d'une voie de recours de nature juridictionnelle est nécessaire pour assurer la protection effective du droit du justiciable. Outre la reconnaissance d'un principe général du droit communautaire fondé tant sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres que sur les articles 6 et 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[1781], ce sont les effets de ce nouveau principe qui nous intéressent ici. Dans cette optique, il n'est pas inutile de remarquer que la Cour, en posant l'exigence d'un « *recours effectif devant une juridiction compétente* », ajoute que ce recours se fait contre « *les actes dont [la personne] estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes prévue par la directive 76/207* »[1782]. Il serait impensable de minimiser la portée de la reconnaissance d'une protection juridictionnelle effective en la cantonnant au seul cas de discrimination au sens de la directive 76/207, car la Cour a bien reconnu un principe général du droit, avec tous les effets qui s'y rattachent[1783]. Cependant, on ne peut pas plus occulter cette dernière portion de phrase qui rappelle le contexte légal de l'affaire : la directive 76/207, et notamment son article 6. Or, l'article 6 de la directive est explicite : « Les États membres introduisent dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard du principe de l'égalité de traitement au sens des articles 3, 4 et 5 de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes ». Une telle disposition n'existe pas, loin s'en faut, en cas de violation de l'article 56 TFUE (ex

---

[1780] *Unibet*, *op. cit.*, respectivement pts 58 et 61.
[1781] *Marguerite Johnston*, *op. cit.*, pt. 18.
[1782] *Ibid.*, pt. 19.
[1783] Voir Partie I, Titre II, Chapitre I pour plus de développement sur ce point. Sur ce fondement, dans l'arrêt CE, 19 mai 1999, req. n. 157675, *Région du Limousin*, le Conseil d'État a accueilli favorablement un recours pour excès de pouvoir contre un acte préparatoire, en l'espèce un communiqué de presse, alors que ce type d'acte est traditionnellement inscuceptible de recours (comme affirmé par l'arrêt CE, 9 décembre 1998, req. n. 97746 et 97747, *Ville d'Amiens*). Cette exception était justifiée par le fait que le juge administratif agissait ici en tant que juge de droit commun du droit communautaire. Voir les développements de P. CASSIA, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 425.

article 49 CE) comme c'était le cas dans l'affaire *Unibet*. Ainsi, alors que dans l'arrêt *Johnston* la Cour s'appuie sur l'effet combiné de la directive et du principe de protection juridictionnelle effective, dans l'arrêt *Unibet*, elle ne peut s'appuyer que sur ledit principe et sur l'article 56 TFUE, qui lui, ne contient aucune exigence procédurale. Le résultat de ce déséquilibre législatif est le balancement, du fait de la Cour, du degré de délaissement de la compétence procédurale à son profit ou à son détriment. Par conséquent, il apparaît plus naturel que dans l'arrêt *Unibet* le principe de protection juridictionnelle effective soit une expression des critères d'équivalence et d'effectivité, standards d'encadrement dans les situations de dessaisissement maximum[1784]. Le Conseil d'État régule également l'accès au juge sur le fondement du droit de l'Union, en fonction de ses obligations découlant du droit dérivé. Par exemple, il a limité dans un arrêt *SMIRGEOMES* du 3 octobre 2008 la possibilité pour un soumissionnaire ayant remporté un appel d'offre d'invoquer un manquement aux obligations de publicité pour contester le marché public par la voie du référé précontractuel[1785]. En effet, le requérant doit désormais démontrer qu'il est susceptible d'avoir été lésé par l'irrégularité. La rationalisation de l'accès au juge ici se fait sans porter atteinte à l'effectivité du recours exigée par la directive « recours ». La directive prévoit en effet en son article 2, paragraphe 5, que les États membres peuvent prévoir ans leur réglementation de tenir compte des conséquences des mesures provisoires face aux intérêts en présence.

[1784] *Unibet*, *op. cit.*, pts 42 et 43. Nous croyons en effet voir dans la rédaction de l'arrêt un lien de causalité entre respect du principe général de protection juridictionnelle effective, et le respect des critères d'équivalence et d'effectivité : « *s'il appartient, en principe, au droit national de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice, le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective. Il incombe en effet aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect de ce droit. À cet égard, les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)* » (nous soulignons). Cette interprétation nous paraît être confirmée par la rédaction d'un autre arrêt rendu en grande chambre, l'arrêt *Impact*, *op. cit.*, pt. 47. La Cour y écrit : « *Ces exigences d'équivalence et d'effectivité, qui expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire…* ».

[1785] CE, 3 octobre 2008, req. n. 305420, *SMIRGEOMES*, B. BONNET, A. LALANNE, « Une révolution dans le référé précontractuel », *Droit administratif*, n. 11, novembre 2008, comm. 154 ; G. KALFLÈCHE, *Europe*, n. 2, février 2009, chron. 1

2. L'information du justiciable

599. La protection effective par le recours juridictionnel implique que la décision administrative soit motivée[1786]. C'est une des conditions indispensables à l'exercice d'un recours[1787]. En effet, si l'arrêt *Heylens*, quelques mois après l'arrêt *Johnston*, avait requis que pour l'efficacité du contrôle juridictionnel non seulement le juge puisse demander à l'autorité qui l'a émis les motifs de la décision contestée mais également les personnes intéressées puissent en avoir connaissance afin de juger de la pertinence d'un recours juridictionnel, la Cour est allée plus loin par la suite. Sur cette même question de l'accès aux motifs d'une décision administrative, il a été plus tard estimé que pouvait satisfaire à cette obligation la communication expresse des motifs, ou seulement de documents et informations pertinents[1788]. Cette alternative moins exigeante pourrait décevoir le justiciable qui n'aurait alors pas accès à une motivation telle que formulée par l'administration, mais à de simples informations dénuées de toute interprétation par l'autorité qui a fondé sur elles sa décision. Cette solution est d'autant plus regrettable que l'article 41 de la Charte, même s'il ne s'applique qu'à l'égard des « institutions, organes et organismes de l'Union », exige que pour satisfaire à une bonne administration, l'administration doive « motiver ses décisions »[1789]. La Cour de justice s'est certes déclarée incompétente pour répondre à une question préjudicielle dans laquelle le juge de renvoi souhaitait connaître l'interprétation de l'article 41 pour trancher une affaire mettant en cause une décision d'une administration nationale[1790], il n'en reste pas moins que cet article de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif au droit à une bonne administration exprime un principe général du droit commun aux traditions constitutionnelles des États membres[1791].

600. Dans l'objectif d'assurer l'efficacité d'un recours juridictionnel, la Cour a jugé que l'absence de traduction d'un acte de l'Union dans la langue officielle d'un contrevenant à ses

---

[1786] *Heylens*, *op. cit.*, pt. 15 ; ou, plus tard, les arrêts *Mellor*, *op. cit.*, pt. 59, et CJUE, 5 juin 2014, aff. C-146/14 PPU, *Mahdi*, n. e. p., pt. 45.

[1787] La Cour européenne des droits de l'homme est sur la même ligne, par exemple lorsqu'elle considère qu'un juge doit motiver sa décision de rejet afin de permettre au justiciable d'évaluer l'opportunité d'un recours contre des motifs connus : CEDH, 31 mars 2011, *Chatellier contre France*, 34658/07, N. FRICERO, *Procédures*, n° 5, mai 2011, comm. 171 ; ou plus récemment : CEDH, 2 octobre 2014, *Hansen contre Norvège*, 5319/09, N. FRICERO, *Procédures*, n° 2, février 2015, comm. 43.

[1788] *Mellor*, *op. cit.*, pt. 60.

[1789] Article 41, paragraphe 2, c).

[1790] CJCE, 21 décembre 2011, aff. C-482/10, *Teresa Cicala*, Rec. p. I-14139.

[1791] TPICE, 30 janvier 2002, aff. T-54/99, *max.mobil contre Commission*, Rec. p. II-313, pt. 48. Voir J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne – Sources non écrites », *JCl. Europe Traité*, août 2014, pt. 172.

règles ne pouvait être poursuivi dans l'État membre sur ce motif[1792]. De même, les règles de communication de documents ont été encadrées, particulièrement en droit de la concurrence, le problème étant l'interdiction d'accéder aux documents attachés à une procédure de clémence, procédure dont les bénéficiaires jouissent du respect de leur anonymat. Or, comment les concurrents lésés peuvent-ils préparer utilement un recours juridictionnel en réparation s'ils n'ont pas accès aux informations qui ont permis à l'autorité nationale de concurrence de sanctionner une atteinte aux articles 101 et 102 TFUE ? La Cour de justice a répondu qu'il devait être procédé au cas par cas[1793]. En 2013, la Cour de justice a été amenée à préciser quels critères devaient être pris en compte par la juridiction nationale pour opérer ce tri, et elle a estimé que le juge national devait prendre en compte non seulement « *l'intérêt du demandeur à obtenir l'accès à ces documents aux fins de préparer son recours en réparation, compte tenu en particulier des autres possibilités éventuellement à sa disposition* », mais également « *les conséquences réellement préjudiciables auxquelles un tel accès est susceptible de donner lieu au regard d'intérêts publics ou d'intérêts légitimes d'autres personnes* »[1794]. Par ailleurs, la Cour de justice estime que le secret des affaires ne permet pas de s'opposer à la communication des informations pertinentes au juge chargé de l'affaire[1795]. Dans ce dernier cas, le droit dérivé fournissait suffisamment d'indices pour imposer une telle solution, ne donnant au juge de l'Union que peu de marge de manœuvre[1796]. Ces cas montrent l'influence de l'intensité normative dans la répartition de la compétence procédurale.

B. La désignation des juridictions compétentes

601. La désignation des juridictions compétentes touche à l'existence, en droit interne, de plusieurs ordres juridictionnels. S'y ingérer constitue un bouleversement dans les traditions juridiques des États membres semblable à l'apparition de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire. Ainsi par exemple l'émotion suscitée en France par la décision du Tribunal des conflits du 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, qui revient sur la séparation des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif, pourtant constitutionnellement garantie par décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987. La

[1792] CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-161/06, *Skoma-Lux*, Rec. p. I-10841, pt. 39.
[1793] CJUE, 9 décembre 2010, aff. C-360/09, *Pfleiderer AG*, Rec. p. I-12845.
[1794] *Donau Chemie*, *op. cit.*, pts 44-45.
[1795] *Mobistar*, *op. cit.*, pt. 43.
[1796] Ainsi la Cour relève-t-elle que « *Il résulte explicitement de l'article 4, paragraphe 1, de la directive cadre que le droit de recours qui peut être exercé par tout utilisateur ou fournisseur contre les décisions de l'autorité réglementaire nationale qui l'affectent doit se fonder sur un mécanisme de recours efficace permettant que le fond de l'affaire soit dûment pris en considération* ».

Cour a donc contourné cette difficulté en s'attachant à requalifier un acte de droit interne avec pour conséquence la désignation, indirectement, du juge compétent (2). Entre-temps, les juges de Luxembourg ont normalisé l'encadrement de la désignation des juridictions nationales par les critères d'équivalence et d'effectivité, invocant le droit à une protection juridictionnelle effective (1).

1. La désignation directe du juge compétent

602. Si la Cour de justice fait montre d'une certaine réserve dans la désignation directe du juge compétent, y compris sur l'existence de plusieurs ordres de juridiction (a), le juge français, lui, est entré de plain-pied dans ce débat en allant au-delà des exigences de la Cour de justice (b).

a. Une Cour de justice réservée

603. La Cour s'est peu essayée à la désignation directe du juge compétent pour recevoir les recours fondés sur le droit de l'Union. Longtemps, elle a laissé de côté cette procédure, sans même l'encadrer, pour finalement lui donner un traitement identique à celui dévolu aux modalités procédurales. À de rares occasion cependant, le choix du juge interne compétent a été fait par la Cour de justice, en présence d'un droit dérivé plus contraignant qu'à l'accoutumée.

604. Il revient aux États de désigner les juridictions compétentes pour assurer une protection directe et immédiate. Il est en effet de leur responsabilité de qualifier les rapports entre les intérêts des particuliers et l'intérêt public[1797]. C'est le versant « *désignation des juridictions compétentes* » dans le paradigme de la Cour relatif à la compétence procédurale des État membres, aux côtés du versant tendant à « *régler les modalités procédurales des recours* »[1798]. Traditionnellement, la suite de l'énoncé dispose que « *ces modalités* » doivent respecter équivalence et effectivité, laissant alors en dehors de l'encadrement la « *désignation des juridictions* ». Il faut se garder cependant de tout anachronisme : l'arrêt *Salgoil* datant de 1968, il est intervenu bien avant l'apparition formelle des critères d'encadrement avec le couple *Rewe* / *Comet* en 1976. Or, la jurisprudence postérieure sur cette même question n'adoptera pour

[1797] *Salgoil*, *op. cit.*, spéc. p. 675.
[1798] « *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 destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* », par exemple dans l'arrêt *Unibet*, *op. cit.*, pt. 39.

autant pas les critères d'encadrement[1799], jusqu'à l'arrêt *Impact* du 15 avril 2008. Dans un premier temps, la Cour amorce un rapprochement dans le traitement entre la désignation des juridictions et le choix des modalités procédurales. Dans l'arrêt *Köbler* du 30 septembre 2003, elle rappelle en effet la formule complète – *en l'absence d'harmonisation les État membre sont libres de désigner les juridictions compétentes et de prévoir les modalités procédurales pour autant qu'équivalence et effectivité sont respectées* – avant de préciser que dans le premier cas – *la désignation des juridictions* – la Cour ne peut intervenir que pour s'assurer que la protection est effective[1800]. Finalement, la normalisation de l'encadrement de la désignation des juridictions compétentes pour les recours se fait par l'arrêt *Impact* en 2008, et de la manière la plus explicite et pédagogue qui soit :

> « *Ces exigences d'équivalence et d'effectivité, qui expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, valent également en ce qui concerne la désignation des juridictions compétentes pour connaître des actions fondées sur ce droit.*
>
> « *En effet, un non-respect desdites exigences sur ce plan est, tout autant qu'un manquement à celles-ci sur le plan de la définition des modalités procédurales, de nature à porter atteinte au principe de protection juridictionnelle effective* »[1801].

605. L'avenir pourrait donc réserver une plus grande assimilation de la désignation des juridictions aux modalités procédurales. Après tout, déterminer quel juge doit recevoir les recours des justiciables n'est-il pas une modalité procédurale ? Par ailleurs, en s'immisçant de plus en plus dans des modalités procédurales qui ont parfois un caractère constitutionnel[1802], la

---

[1799] *Piercarlo Bozzetti*, *op. cit.*, pt. 17 ; *SEIM*, *op. cit.*, pt. 32 ; *Dorsch Consult*, *op. cit.*, pt. 40 ; *IN.CO.GE*, *op. cit.*, pt. 14 ; *Universale-Bau e. a.*, *op. cit.*, pt. 42.

[1800] « *Selon une jurisprudence constante, en l'absence d'une réglementation communautaire, 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* ». Elle poursuit donc au paragraphe suivant : « *Sous la réserve que les États membres doivent assurer, dans chaque cas, une protection effective aux droits individuels dérivés de l'ordre juridique communautaire, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, sur le plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire* », *Köbler*, *op. cit.*, pts 46-47.

[1801] *Impact*, *op. cit.*, pts 47-48.

[1802] Voir par exemple l'affaire *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *op. cit.*

Cour peut-elle en effet encore justifier de traiter à part la désignation des juridictions compétentes, qui ont souvent un caractère constitutionnel ? L'arrêt *Nora Baczo* du 12 février 2015 est un pas supplémentaire dans ce sens où, pour déterminer si le droit de l'Union s'oppose à une législation nationale qui attribue la compétence pour recevoir les recours contre les clauses abusives aux juridictions départementales, la Cour de justice se place sur le terrain des « modalités procédurales »[1803].

606. Pourtant, la Cour peut aller assez loin et, lorsqu'une directive[1804] n'a pas été transposée et qu'aucune juridiction n'a été désignée pour accueillir les recours en matière de marchés publics de services, elle se propose de déterminer elle-même la juridiction compétente devant recevoir les recours, qui est alors la juridiction normalement compétente en matière de marchés publics de travaux et de fournitures[1805].

607. À un degré bien plus important de l'exercice centralisé de la compétence procédurale, lorsqu'une harmonisation en ce domaine a eu lieu, la Cour de justice n'a aucun mal à appliquer immédiatement la norme de droit dérivé, sans passer par la reconnaissance préalable de la compétence de principe des États membres, le cas échéant encadrée. Ainsi, en présence d'un règlement communautaire désignant la juridiction compétente pour connaître d'une action en recouvrement de droits de douanes, il n'est pas fait référence à cette compétence des États membres, pas plus qu'aux principes d'encadrement, qu'il s'agisse d'équivalence, d'effectivité, ou de protection juridictionnelle effective. La Cour statue simplement en interprétant la disposition du règlement, et désigne la juridiction compétente[1806]. Il en va de même en matière de compétence territoriale[1807].

[1803] « *il ressort également d'une jurisprudence bien établie de la Cour que les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de droit interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union européenne (principe d'effectivité)* » : CJUE, 12 février 2015, aff. C-567/13, *Nóra Baczó*, n. e. p., pt. 42.

[1804] Directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JOCE* L. 209, p. 1.

[1805] *Dorsch Consult*, *op. cit.*, pt. 46.

[1806] CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-62/06, *Fazenda*, Rec. p. I-12026, pt. 22.

[1807] Sur le fondement de l'article 26 du règlement n. 44/2001, la Cour dit pour droit que le droit de l'Union « *ne s'oppose pas au prononcé d'un jugement par défaut à l'encontre d'un défendeur auquel, dans l'impossibilité de le localiser, l'acte introductif d'instance a été signifié par voie de publication selon le droit national, à condition que la juridiction saisie se soit auparavant assurée que toutes les recherches requises par les principes de diligence et de bonne foi ont été entreprises pour retrouver ce défendeur* », *G contre Cornelius de Visser*, *op. cit.*, pt. 59.

b. Un juge français entré dans le débat

608. Le juge français aspirerait-il à être le « bon élève de l'Union »[1808] ? La spectaculaire décision[1809] du Tribunal des conflits dans l'affaire *SCEA du Chéneau* rendue le 17 octobre 2011, quoiqu'il en dise, n'était en tout cas pas une décision rendue nécessaire par le droit de l'Union, ni même par la Cour de justice[1810]. Le respect de l'effectivité du droit de l'Union invoqué par le Tribunal pour attribuer au juge judiciaire la compétence exceptionnelle de statuer sur l'annulation d'un acte administratif sans passer par la procédure préjudicielle qui consiste à saisir les tribunaux administratifs, seuls compétents en la matière, depuis le presque centenaire arrêt *Septfonds* de 1923[1811], n'est pas une solution qui peut être déduite de la jurisprudence de la Cour de justice. Il est vrai que le juge administratif n'est pas exclusivement compétent pour recevoir les recours en annulation des actes de l'administration, le Conseil constitutionnel ayant admis en 1987 la création de blocs de compétence au profit du juge judiciaire[1812], comme c'est depuis longtemps le cas par exemple en matière pénale[1813]. Il est vrai également que la Cour de cassation use du bloc de compétences pour mettre en œuvre directement l'exception d'inconventionnalité d'un acte administratif[1814]. À ce propos, G. Canivet écrivait en 2003 à l'occasion d'un arrêt *France Télécom* du 6 mai 1996 rendu par la chambre commerciale de la

---

[1808] D. RITLENG, « Le juge français se veut bon élève de l'Union », *RTDE*, 2012, p. 135

[1809] D. SIMON, « La fin d'un tabou : l'arrêt *Septfonds* ébranlé par les contraintes du droit de l'Union », *Europe*, novembre 2011, repère 10.

[1810] TC, 17 octobre 2011, req. n. 3828, *SCEA du Chéneau*. Le Tribunal se fonde sur le « principe d'effectivité » : « *il résulte du principe d'effectivité issu des dispositions de ces traités, telles qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne…* ». Pour rappel, le Tribunal des conflits a dit pour droit que le juge « *doit pouvoir, en cas de difficulté d'interprétation de ces normes [issue du droit de l'Union], en saisir lui-même la Cour de justice à titre préjudiciel ou, lorsqu'il s'estime en état de le faire, appliquer le droit de l'Union, sans être tenu de saisir au préalable la juridiction administrative d'une question préjudicielle, dans le cas où serait en cause devant lui, à titre incident, la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne* ».

[1811] TC, 16 juin 1923, req. n. 0732, *Septfonds contre Compagnie des Chemins de Fer du Midi*, M. HAURIOU, *S.*, 1923, III, p. 49.

[1812] Le dualisme juridictionnel découle des articles10 et 13 de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III, et la compétence exclusive du juge administratif pour connaître des recours en annulation des actes administratifs a été élevée au rang de principe fondamental reconnu par les lois de la République par la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, n. 86-224, pt. 15, à l'exception des matières qui relèvent par nature de la juridiction de l'ordre judiciaire.

[1813] Article 111-5 du code pénal, dans sa version issue de la loi du 22 juillet 1992, et faisant suite à une décision TC, 5 juillet 1951, req. n. 1187, *Avranches et Desmarets.* Deux autres exceptions avaient déjà été acceptées par le Tribunal des conflits, d'une part en présence d'une voie de fait de l'administration (TC, 17 juin 2013, req. n. 3911, *Bergoend*), et d'autre part dans le contentieux de la fiscalité indirecte (TC, 26 mai 1954, *Sté des hauts fourneaux de la Chiers* ; TC, 7 décembre 1998, req. n 3123, *District urbain de l'agglomération rennaise contre Société des Automobiles Citroën*).

[1814] B. GENEVOIS, « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 201. Voir aussi D. SIMON, « La fin d'un tabou : l'arrêt *Septfonds* ébranlé par les contraintes du droit de l'Union », *Europe*, novembre 2011, repère 10.

Cour de cassation[1815] que « le principe de primauté ou d'application immédiate remet en cause la répartition des compétences entre les différents ordres juridictionnels nationaux. Le juge judiciaire français pourra ainsi écarter immédiatement l'application d'un acte administratif contraire au traité sans avoir à poser une question préjudicielle en appréciation de validité aux tribunaux administratifs. La fonction du juge national est ainsi affranchie du principe de séparation des pouvoirs »[1816], limitant « les perturbations inutiles »[1817], ce qui aurait peut-être pu satisfaire le doyen Hauriou[1818]. Il est vrai aussi que la Cour de justice de l'Union européenne pose comme limite à la liberté dans la désignation des juridictions compétentes, l'interdiction de rendre le recours excessivement difficile pour le justiciable, de sorte qu'il ne remplirait pas le critère d'effectivité. Or, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice montre qu'à aucun moment celle-ci n'a entendu s'immiscer dans la répartition des compétences à un point tel qu'elle devrait y porter atteinte. Les arrêts *Dorsch Consult* en 1997, dans lequel il n'a été fait application que du critère d'équivalence, et *Fazenda* en 2007, où existait un règlement comportant des indications suffisantes[1819], ne permettent pas de remettre en question cet état du droit[1820].

609. La critique parfois virulente à l'encontre du mécanisme préjudiciel entre le juge judiciaire et le juge administratif, aussi bien portée par le doyen Hauriou que par d'autres auteurs, tels le doyen Vedel ou les professeurs Y. Gaudemet et B. Seiller[1821], peut laisser

---

[1815] Cass. Com., 6 mai 1996, *France Télécom*, *Bull civ*. IV, n° 125, M. Bazex, *AJDA*, 1996, p. 1033 ; B. Seiller, *RFDA,* 1996, p. 1161 ; voir aussi les arrêts Cass. Soc., 17 déc. 1998, *Bull. civ*. V, n° 578 ; Cass. Civ. 1e, 8 juin 1999, *Bull. civ*. I, n° 97 ; Cass. Civ. 1e, 3 avr. 2001, *Bull. civ*. I, n° 97 ; et Cass. Civ. 2e, 20 déc. 2007, *Bull. civ*. II, n° 273.

[1816] G. CANIVET, « Le droit communautaire et le juge national », *in* D. SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 90.

[1817] J. LESSI, « Les questions préjudicielles du juge administratif à l'autorité judiciaire », *AJDA*, 2015, p. 274. L'auteur estime en effet que « en termes de bonne administration de la justice, il y a un certain intérêt à ce que les questions de légalité de tels actes de portée générale, qui une fois étendus ont pour effet de régir les droits des tiers et servent de support à de multiples décisions individuelles, soient tranchées rapidement ».

[1818] Dans sa note sous l'arrêt *Septfonds*, le doyen Hauriou avait avoué n'avoir « jamais aimé les questions préjudicielles et les complications des procédures. Nous verrions sans regret disparaître les renvois obligatoires au Conseil d'État, soit en interprétation, soit en appréciation de validité » : M. HAURIOU, *S.*, 1923, III, p. 49.

[1819] Voir *Dorsch Consult*, *op. cit.*, et *Fazenda*, *op. cit.*

[1820] Dans son article, « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129, B. Seiller estime que la séparation des autorités administratives et judiciaires « ne rend ni impossible ni excessivement difficile en pratique le respect du droit de l'Union ».

[1821] G. VEDEL, *JCP G* 1948, I, p. 682, et Y. GAUDEMET, « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA*, 1990, p. 764. Le professeur B. Seiller parle lui de « source de lourdeur,

accroire que le revirement du 17 octobre 2011 est plus dû à une volonté de restreindre encore le champ de *Septfonds* plutôt qu'à faire une application exacte du droit de l'Union. L'effectivité de la protection que les justiciables tirent du droit de l'Union avancée par le Tribunal des conflits ne serait donc qu'un prétexte[1822] à cette « brèche béante » dans la séparation des autorités administratives et judiciaires[1823]. La véritable raison pourrait être la bonne administration de la justice, excuse reconnue par le Conseil constitutionnel, et avancée ici par le juge des conflits[1824], en ce qu'il rappelle l'obligation qui incombe au juge de statuer dans un délai raisonnable. Le Conseil d'État s'est alors saisi de cette nouvelle justification à l'atteinte portée à la jurisprudence *Septfonds* pour, lui aussi, au nom de l'effectivité du droit de l'Union, décider dans un arrêt du 23 mars 2012 que désormais il serait compétent pour statuer sur la conformité d'une convention ou d'un accord collectif sans que soit saisi le juge judiciaire d'une question préjudicielle, et en l'absence de contestation sérieuse[1825].

610. Dans la jurisprudence de la Cour de justice, un fondement, quoique mince, pourrait apparaître désormais, car il est allégué depuis peu que « *les règles procédurales relatives à la structure des voies de recours internes* » poursuivent « *un intérêt général de bonne administration de la justice et de prévisibilité* »[1826]. Cette formule, initiée par l'avocat général P. Mengozzi dans ses conclusions dans l'affaire *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*[1827], vient en quelque sorte valider *a posteriori* la jurisprudence qui se profile en France après la décision du Tribunal des conflits dans l'affaire *SCEA du Chéneau*, en donnant, au nom du droit de l'Union, un fondement qui vient corriger le sens de l'effectivité, en ce que ce critère intègre désormais la possible exigence d'une bonne administration de la

---

de complications et de frais pour les justiciables » : B. SEILLER, « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129.

[1822] D. RITLENG, « Le juge français se veut bon élève de l'Union », *RTDE*, 2012, p. 135 ; B. SEILLER, « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129, qui parle de « raisons de pure opportunité ».

[1823] B. SEILLER, « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129.

[1824] B. PLESSIX, « Compétence incidente du juge judiciaire en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs », *JCP G*, n. 51, 19 décembre 2011, p. 1423 : « C'est d'ailleurs au nom de ce standard désormais incontournable d'une bonne administration de la justice, conçue dans l'intérêt du justiciable, que le Tribunal des conflits, dans sa décision du 17 octobre 2011, a opéré un premier aménagement à sa jurisprudence *Septfonds* ».

[1825] CE, 23 mars 2012, req. n. 331805, *Fédération Sud Santé sociaux,* F. MELLERAY, « Nouveau recul des questions préjudicielles », *Dr. Adm*., n. 6, juin 2012, comm. 56.

[1826] Voir les arrêts CJUE, 5 décembre 2013, aff. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, n. e. p., pt. 38, et CJUE, 12 février 2015, aff. C-567/13, *Nóra Baczó*, n. e. p., pt. 51.

[1827] Conclusions présentées le 5 septembre 2013 par l'avocat général P. Mengozzi dans l'affaire *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, *op. cit.*, pt. 36.

justice. Il y a là une nouvelle justification corrective à la création de laquelle le juge français a sans doute participé[1828]. Pour le moment, ce correctif n'a aucun effet sur le droit interne, puisqu'il lui permet justement une plus grande latitude dans la désignation des juridictions compétentes, mais il n'est pas à exclure qu'une fois la justification bien établie dans la jurisprudence de la Cour, elle ne s'en serve pour fonder de nouvelles exigences à l'égard du juge national, comme cela est souvent fait avec les justifications correctives, au premier rang desquelles celle tenant au risque d'enrichissement sans cause, que la Cour de justice maîtrise désormais de manière quasiment exhaustive[1829].

2. La qualification des actes de droit interne

611. Malgré la soumission de la compétence de désignation des juridictions nationales pour l'exercice des recours aux critères d'équivalence et d'effectivité, la Cour de justice ne s'en est jamais pris ouvertement à la structure des ordres de juridictions. Elle a emprunté un chemin détourné, qui lui a été indiqué opportunément par les juges de renvoi, et qui consiste à qualifier ou requalifier la nature de l'acte interne. Par cette technique, la Cour détermine indirectement le juge naturellement compétent pour les actes de cette nature, sans oublier non plus que dans ces cas de figure, la question de la qualification a été posée par le juge de renvoi.

612. Ce qu'elle se refusait donc à faire dans l'arrêt *Salgoil*, elle se résout à le faire par la suite. Tout d'abord dans l'arrêt *Bozzetti* du 9 juillet 1985, qui ouvre cette série d'affaires, il s'agissait d'un « prélèvement de coresponsabilité » prévu par l'organisation commune des marchés du lait. Le fait que la Cour rajoute aux exigences initiales et que la protection doive être aussi effective l'aide sans doute à mieux justifier le fait qu'elle qualifie elle-même la nature du prélèvement, qui permet de déterminer indirectement le juge compétent en droit interne. En l'espèce, le prélèvement en cause a un caractère économique, même si ce n'est pas une ressource propre de la Communauté[1830]. Vraisemblablement donc, c'est le juge fiscal qui sera compétent. Dans l'arrêt *SEIM* du 18 janvier 1996 ensuite, la Cour juge que la décision des douanes en cause dans l'affaire au principal porte directement sur l'obligation d'une personne physique ou morale de payer les droits à l'importation[1831]. Au juge de renvoi d'en tirer les conséquences, inévitables, sur la désignation du juge compétent. Il en va de même lorsque, dans l'arrêt *IN.CO.GE* rendu le 22 octobre 1998, il est statué que la déclaration d'incompatibilité

[1828] Sur les justifications correctives, voir les développements ci-dessus Titre I, Chapitre I.
[1829] Voir Chapitre II, Section 2, II-B ci-dessous.
[1830] *Piercarlo Bozzetti*, *op. cit.*, pt. 20.
[1831] *SEIM*, *op. cit.*, pt. 35.

d'une taxe avec le droit communautaire n'entraîne pas son inexistence, et que la taxe conserve son caractère fiscal[1832], entraînant la compétence du seul juge civil. Enfin dans l'arrêt *Universale-Bau* du 12 décembre 2002, l'organisme dont il est question est considéré par la Cour comme étant un organisme de droit public au sens de la directive sur les marchés publics[1833]. Là encore, le juge de renvoi n'a pas de marge de manœuvre quant à la désignation du juge compétent.

613. Le contentieux de la mise en œuvre du règlement « Bruxelles I » en matière de coopération judiciaire entre les États membres[1834] amène tout autant la Cour de justice à se pencher sur la qualification des rapports juridiques en droit interne. Ce règlement ne trouvant pas à s'appliquer à la matière administrative, car visant uniquement le contentieux civil et commercial, il a pu revenir à la Cour de justice de déterminer si la relation juridique devant le juge a quo relevait d'un régime administratif, ou bien civil ou commercial. Afin de déterminer la nature du litige, la Cour de justice a relevé dans un arrêt *Sunico* du 12 septembre 2013 que le règlement exigeait qu'on s'attarde avant tout sur la nature des rapports entre les parties ou sur l'objet du litige, mais pas sur la nature des parties elles-mêmes[1835]. Par conséquent, la seule présence parmi les parties au litige ne suffit pas à qualifier le rapport d'administratif, mais il faut plutôt s'intéresser à l'existence de prérogatives de puissance publique[1836]. La Cour en conclut qu'en l'espèce le rapport juridique n'est pas administratif. Il convient de souligner que dans cette affaire, la réponse à la question devait déterminer si le juge de renvoi devait reconnaître et exécuter une décision juridictionnelle rendue dans un autre État membre. La réponse de la Cour de justice a donc permis de savoir non pas quel juge serait compétent, mais si un juge quel qu'il soit serait compétent. Ainsi, dans un effort de prospection contentieuse, par la qualification de la situation interne, la Cour de justice peut être amenée, sans que cela soit la question à laquelle elle répond, à désigner indirectement la juridiction compétente. Cependant, les règles de répartition restent bien entre les mains de l'État membre, et la qualification issue de l'arrêt *Sunico* et telle qu'elle est pratiquée depuis l'arrêt *LTU / Eurocontrol* du 14 octobre 1976 s'applique différemment selon que le litige a lieu dans tel ou

---

[1832] *IN.CO.GE*, *op. cit.*, pt. 28.
[1833] *Universale-Bau e. a.*, *op. cit.*, pt. 63.
[1834] Règlement (CE) n. 44/2001 du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE*, n. L 12, 16 janvier 2001, p. 1
[1835] CJUE, 12 septembre 2013, aff. C-49/12, *Sunico e. a.*, n. e. p., pt. 33 ; voir la jurisprudence constante depuis l'arrêt *LTU / Eurocontrol*, *op. cit.*, pt. 4, et la jururisprudence citée à l'arrêt CJCE, 15 février 2007, aff. C-292/05, *Lechouritou*, Rec. p. I-1519, pt. 29.
[1836] S. PLATON, « Chronique de droit administratif européen (juillet-décembre 2013), *Dr. Adm*., n° 4, avril 2014, chron. 4, pt. 50.

tel autre État membres. Ce choix libre laissé à l'État membre fait que ne souhaitons pas nous attarder sur cette question de la qualification par la Cour des rapports de droit interne car, nous l'avons dit, ce n'est qu'une désignation indirecte qui, en réalité, échappe pour l'heure à la compétence du juge de Luxembourg. L'objet de notre étude est en effet, comme déterminé en introduction, de ne s'attacher à strictement étudier que la répartition par la Cour de l'exercice de la compétence procédurale juridictionnelle. Tout au plus, et pour le seul intérêt d'une ouverture sur cette vaste question qui déborde le champ de notre étude, pourrions-nous ajouter la problématique de la qualification par la Cour de justice des activités relevant d'une activité purement sociale en droit de la concurrence par opposition à la notion d'entreprise[1837], ou de celles participant à l'exercice de l'autorité publique dans les libertés de circulation[1838], ou plus généralement de celles relevant d'un service non économique d'intérêt général[1839], qualification qui est susceptible, en fonction de l'État membre dans lequel elle est mise en œuvre, d'avoir une incidence sur la désignation du juge compétent.

[1837] CJCE, 17 février 1993, aff. jointes 159/91 et 160/91, *Poucet et Pistre*, Rec. p. I-637, pt. 18.
[1838] CJCE, 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. p. 632, pts 50-52.
[1839] Notion inscrite en droit de l'Union à l'article 2 du protocole n. 26 sur les services d'intérêt général annexé aux TUE et TFUE, et que la Communication de la Commission du 20 novembre 2007 exclut du champ du marché intérieur et des règles de concurrence.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

614. La variabilité de la répartition de la compétence procédurale s'exprime d'abord dans les lacunes de la législation de l'Union. Ces lacunes sont le terrain d'élection de l'exercice par les États membres, par défaut, de la compétence procédurale. La logique inhérente à la subsidiarité juridictionnelle commande alors de laisser aux juges nationaux l'essentiel de l'exercice de cette compétence lorsque le droit de l'Union n'a pas ou peu légiféré, *a fortiori* lorsque les modalités procédurales en cause ne mettent pas en danger les rapports que la Cour entretient avec les juges internes, notamment par la voie du mécanisme préjudiciel. C'est ainsi que le calcul des intérêts moratoires dans la procédure de répétition de l'indu est longtemps resté à l'écart de l'influence de la Cour, ou que les voies de recours internes sont elles aussi demeurées une chasse gardée de l'État membre, que la Cour ne voulait pas trop toucher à une équilibre interne savamment construit depuis parfois plusieurs siècles. Le respect de l'identité nationale a joué son rôle de régulateur de la subsidiarité juridictionnelle, aussi en matière de relevé d'office par le juge interne de la violation du droit de l'Union. Ce respect dû aux spécificités internes, ce qu'on pourrait appeler le privilège de l'âge, a été nettement ressenti dans l'encadrement chaotique des effets dans le temps du droit de l'Union. Les modalités procédurales qui règlent les effets dans le temps, qu'il s'agisse du point de départ du délai, du régime transitoire, ou de la rétroactivité, ont pour objectif avoué de limiter pour le passé les effets qu'un droit substantiel de l'Union confère aux justiciables. Nous pourrions alors parler de limitation de la rétroactivité du droit de l'Union par le droit procédural national. Cependant la Cour de justice voit dans les trois cas de figures précités trois situations aux effets différents, exigeant un traitement jurisprudentiel différent, au prix d'une complexification qui ne s'explique selon nous que par la volonté de camoufler un revirement de sa jurisprudence *Emmott*[1840]. La Cour de justice confirme alors que « les principes les plus évidents et les plus élémentaires sont ceux dont la démonstration et l'exacte délimitation présentent le plus de difficulté »[1841].

[1840] L'expression est certes forte, mais nous l'employons à dessein, l'empruntant notamment à L. COUTRON dans son article « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 669, à propos des cas dans lesquels la Cour de justice nie un revirement. Il ajoute à ce propos que « il est souhaitable que la Cour cesse d'avancer masquée. L'impératif de sécurité juridique suppose en effet que le juge communautaire fasse la lumière sur sa propre jurisprudence ».

[1841] Nous empruntons cette formule liminaire du vieil ouvrage de M. THÉODOSIADES, *Essai sur la non-rétroactivité des lois*, Paris, Abel Pilon, 1866, p. 5. À une époque plus contemporaine, D. Simon rappelle que le droit transitoire est « à la source des plus redoutables problèmes qui déstabilisent les juristes », voir « Les juges européens et le droit de la transition », *op. cit.*, p. 76.

615. Néanmoins, l'ancienneté d'une jurisprudence, qui permet l'accoutumance et le resserrement des exigences par paliers, a permis à la Cour de s'attribuer un peu plus l'exercice de la compétence procédurale pour certaines modalités. C'est le cas des intérêts moratoires, ou des voies de recours. Sur ce dernier point, l'avance prise par le Tribunal des conflits dans l'affaire *SCEA du Chéneau* permettra peut-être à la Cour de franchir à l'avenir un nouveau palier. C'est le cas également de la détermination de la durée d'un régime transitoire ainsi qu'il a été vu dans l'éclatante affaire *Grundig Italiana*. De même, la présence ponctuelle d'une législation précise et exigeante a motivé des incursions isolées mais remarquées dans les modalités internes, comme l'obligation de relever d'office la contrariété au droit de l'Union d'une clause abusive contenue dans un contrat conclu avec un consommateur. Ces variations en apparence désordonnées donnent à voir un balancement déséquilibré entre la compétence exercée par le juge national et celle préemptée par la Cour de justice. Or, un ensemble cohérent existe, que la Cour prend soin de préserver. Cet ensemble révèle que l'Union préempte de manière graduelle l'exercice de la compétence procédurale.

CHAPITRE II – UNE PRÉEMPTION GRADUÉE DE L'EXERCICE DE LA COMPÉTENCE

616. La préemption est un phénomène qui est la conséquence de l'exercice des compétences par l'Union. De fait, elle a pour effet de priver les États membres de leur pouvoir normatif « lorsque la compétence concurrente est devenue exclusive pour la Communauté, qu l'a exercée dans son intégralité »[1842]. La Cour de justice accorde une attention particulière à certaines modalités procédurales, cette considération se traduisant par une jurisprudence relativement cohérente, en plus d'être exigeante. L'Union intervient par la voie de la Cour de justice pour préempter certaines procédures dans des domaines choisis. Cela se fait de façon graduelle car l'étendue de la procédure préemptée dépend de facteurs divers. En effet, au-delà du degré d'harmonisation ou du domaine dans lequel se situe le litige, la préoccupation majeure est celle de la préservation des relations de juge à juge, qu'il s'agisse des rapports institutionnalisés par le renvoi préjudiciel entre juge national et Cour de justice, ou des rapports entre juges nationaux. Au premier rang de la première catégorie se trouvent donc naturellement les modalités procédurales qui permettent ou restreignent les possibilités pour le juge interne de poser une question préjudicielle à la Cour, mais également les mesures provisoires octroyées par le juge national lorsque dans le litige au principal le droit de l'Union est applicable. Par ailleurs, les relations que les juges internes entretiennent entre eux requiert une attention particulière pour la Cour. Cette attention se traduit par une préservation de l'autorité de la chose jugée, justification corrective *communautarisée* par la Cour, dont le respect est par conséquent entre les mains du juge de Luxembourg, qui n'a pas hésité à l'écarter dans des cas retentissants. De plus, lorsqu'elle ne peut raisonnablement refuser la justification tenant au respect de la chose jugée, la Cour utilise l'autorité de la chose décidée, sur laquelle elle ordonne dans certains cas de revenir, détournant cette modalité pour atteindre en fait les décisions juridictionnelles entrées en force de chose jugée. Dans sa préemption graduée de l'exercice de la compétence procédurale, la Cour est aussi tentée par l'effet de débordement, appliquant à sa jurisprudence procédurale la technique éprouvée du « spill over ». À ce titre, la définition des mesures provisoires en présence d'un acte du droit de l'Union susceptible d'être irrégulier a partiellement contaminé celle des mesures provisoires en présence d'un acte de droit interne susceptible d'être contraire au droit de l'Union. Il en est allé de même pour la réparation de la

[1842] H. BRIBOSIA, « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les États membres… », *op. cit.*, p. 174.

violation du droit de l'Union et pour la justification corrective tenant au risque d'enrichissement sans cause. Cette technique se rattache à la présence d'une harmonisation procédurale parallèle, applicable à un autre domaine d'où la règle est exportée. Ainsi, la cohérence de cet ensemble jurisprudentiel tient à la priorité que la Cour accorde à la définition des rapports entre juges (**Section I**), et à la préemption par débordement à laquelle elle procède (**Section II**).

Section 1 – La priorité des rapports entre juges

617. Un large pan de la jurisprudence étudiée dans le cadre de cette étude touche, de près ou de loin, au renvoi préjudiciel. Nous avons vu l'importance du second renvoi préjudiciel à la suite d'un premier arrêt de la Cour constatant l'invalidité d'une disposition nationale ; nous avons aussi tenté d'établir un lien entre la jurisprudence de la Cour et l'intérêt qu'elle porte à ses rapports avec le juge interne, dont le renvoi préjudiciel est la forme institutionnalisée. Les exigences de la Cour sont directement commandées par l'article 267 TFUE, qui opère une distinction selon la qualité des décisions de la juridiction interne qui renvoie, et sont ainsi au premier plan dans les rapports de juge à juge (I). Par ailleurs, sécurité juridique et stabilité des situations juridiques sont un souci constant du juge dans tout ordre juridique[1843]. Or, la sécurité qui doit être assurée aux personnes nouant des rapports de droit ne signifie pas seulement la stabilité de leur état. Si la notion de sécurité emporte nécessairement ce premier aspect, notamment grâce au respect dû à l'autorité des décisions juridictionnelles, elle englobe parallèlement la notion de protection juridictionnelle, qui garantit aux droits de ces personnes une sécurité. Cette sécurité juridique poursuit alors deux objectifs en apparence contradictoires : s'assurer que l'état de droit issu des décisions du juge ne seront pas éternellement remises en cause, et permettre à toute personne lésée de remettre en cause une situation juridique établie. Pondération et proportion s'installent au cœur de l'exigence de sécurité juridique. En découle un rapport du justiciable à son juge que l'on peut sans hésiter qualifier de confiant. Confiant dans le fait que son droit acquis sera préservé, confiant dans le fait que son droit invoqué sera garanti. La Cour de justice n'a donc pas hésité à se saisir de l'excuse tenant à l'autorité de la chose jugée avancée par les États membres, en en faisant une justification corrective dont elle a désormais le contrôle, et contre laquelle elle fait jouer les règles de l'autorité de la chose décidée. L'autorité des choses définitives est ainsi une question préemptée par la Cour (II).

[1843] Selon les mots du professeur F. Melleray lors du colloque *L'accès au juge : l'intérêt à agir,* de l'Association des Juristes de Contentieux Public : F. MELLERAY, « Le moment 1900 », Conseil constitutionnel, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2014.

I – L'intérêt constitutionnel du renvoi préjudiciel

618. Les obligations qui incombent aux juridictions nationales ne sont pas les mêmes selon que leurs décisions sont ou non susceptibles de recours en droit interne. Les modalités du renvoi sont pour ce faire captées pour la plupart dans le champ de compétence de la Cour de justice (A). Le juge français, lui, fait preuve d'une certaine timidité dans l'exercice du renvoi sur les questions spécifiquement procédurales (B), préjudiciant sa propre influence auprès de la Cour dans ces domaines.

A. Un exercice quasiment exhaustif de la compétence procédurale

619. L'exercice du renvoi préjudiciel est à ce point encadré par la Cour de justice que ses modalités sont déterminées par elle de manière quasiment exhaustive. Néanmoins, malgré ces modalités procédurales clairement établies (1), un double mouvement de tension/relâchement est l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour relative au renvoi préjudiciel, procédant à une interprétation dynamique de l'article 267 TFUE, fondement concurrencé du renvoi (2).

1. Des modalités procédurales clairement établies

620. Le juge interne peut, ou a parfois l'obligation de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, qu'elle porte sur l'interprétation des traités constitutifs ou sur la validité d'un acte des institutions, organes ou organismes de l'Union[1844]. La faculté ou l'obligation dépend en premier lieu de la nature des décisions rendues par la juridiction interne. La réponse dépend en effet de la possibilité ou non qu'un recours puisse être ouvert à l'encontre de la décision. Si les décisions qu'elle prononce sont insusceptibles de recours, la possibilité de poser une question préjudicielle se mue en obligation. Pour le juge dont la décision est susceptible de recours, ce n'est pas une obligation, comme le dit en creux l'article 267 TFUE, et de manière plus explicite la Cour de justice. Elle rappelle sans ambiguïté que « *la faculté reconnue au juge national par l'article 267, deuxième alinéa, TFUE [...] ne saurait se transformer en une obligation* »[1845]. Cette faculté peut faire l'objet d'un recours devant les juridictions nationales d'appel

[1844] Article 267 al. 1 sous a) et b) TFUE.

[1845] *Seda Kücükdeveci*, *op. cit.*, pt. 55 ; et *Elchinov*, *op. cit.*, pt. 28. La Cour écrit dans ce second arrêt qu'« *il convient de souligner que la faculté reconnue au juge national par l'article 267, deuxième alinéa, TFUE de solliciter une interprétation préjudicielle de la Cour avant de laisser, le cas échéant, inappliquées des instructions d'une juridiction supérieure qui s'avéreraient contraires au droit de l'Union ne saurait se transformer en une obligation* ». L'article 267 TFUE, lui, est rédigé comme suit : « Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction *peut*, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question » (nous soulignons).

compétentes, et en cas d'annulation en appel d'un renvoi à la Cour de justice, cette dernière considère alors le renvoi comme retiré. Cependant l'obligation s'impose dès lors qu'il s'agit de constater l'invalidité d'un acte de droit de l'Union, constatation dont seule la Cour de justice est compétente. La Cour opère avec l'arrêt *Foto-Frost* une centralisation[1846] de la compétence procédurale qui permet de décider de l'invalidité d'un acte de droit dérivé du droit de l'Union au regard du droit primaire.

621. Pour le juge dont les décisions sont insusceptibles de recours en droit interne, c'est une obligation, comme le dit explicitement l'article 267 troisième alinéa TFUE : « 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 ». Ainsi, dans l'arrêt *Costa contre ENEL*, la Cour de justice avait-elle adopté cette conception « concrète » de la juridiction suprême[1847], en la définissant comme étant celle dont les décisions sont « *sans recours* »[1848].

622. Cependant, cette obligation ne s'impose plus dès lors que la Cour s'est déjà prononcée sur la question qui se pose au juge interne, « *quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige* »[1849]. En effet, l'arrêt *CILFIT* du 6 octobre 1982 a posé, outre cette exception, deux autres cas dans lesquels le juge peut s'abstenir de renvoyer dès lors que la question n'est pas pertinente en ce sens que la réponse n'aurait aucune influence sur la solution du litige[1850], ou lorsque la réponse à la question est d'une évidence qui ne laisse place à aucun doute raisonnable quant à la solution à adopter[1851]. La Cour de justice a posé des règles précises pour déterminer si la juridiction nationale est face à une question dont la réponse n'est pas évidente[1852].

[1846] A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 7, où l'auteur écrit que la Cour « s'arroge, aux dépens des juridictions nationales, le pouvoir de constater l'invalidité des actes communautaires ».
[1847] L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, Dalloz, 2e éd., 2013, p. 156.
[1848] *Costa c. ENEL*, *op. cit.*, spéc. p. 1158. La Cour y écrivait que « *les juridictions nationales dont les décisions sont, comme en l'espèce, sans recours, doivent saisir la Cour pour statuer à titre préjudiciel sur « l'interprétation du traité » lorsqu'une telle question est soulevée devant elle* ».
[1849] CJCE, 6 octobre 1982, aff. 283/81, *CILFIT*, Rec. p. 3415, pt. 14. Voir A. BARAV, *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 5 ; J. W. PETER, « Kobler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this », *op. cit.*, p. 177.
[1850] *CILFIT*, *op. cit.*, pt. 10.
[1851] *Ibid.*, pt. 16.
[1852] CJUE, 9 septembre 2015, aff. C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e.a* , n. e. p., pts 36 et suiv., et la jurisprudence citée.

623. La Cour européenne des droits de l'homme, elle, n'exerce qu'un contrôle restreint sur le refus de poser une question préjudicielle[1853], mais l'étau autour du juge national se resserre[1854], car depuis un arrêt *Michaud contre France* du 6 décembre 2012, la Cour européenne s'est autorisée à désactiver au cas d'espèce la présomption de protection équivalente issue de l'arrêt *Bosphorus*, et à sermonner le Conseil d'État français qui n'avait pas procédé à un renvoi préjudiciel à la Cour de justice pour apprécier la validité d'une directive de l'Union sur le secret professionnel dans les relations avocat client[1855].

2. Le fondement concurrencé de l'article 267 TFUE

624. La clarté des exigences de l'article 267 TFUE et la continuité de sa rédaction depuis le traité instituant la Communauté économique européenne adopté à Rome en 1957 jusqu'au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne tel qu'adopté à Lisbonne en 2009[1856] ont permis à la Cour de développer une jurisprudence solide. Sur ce versant du droit, la situation a donc été particulièrement stable, ce qui est suffisamment rare pour être remarqué dans un ordre juridique en mutation permanente en quête d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »[1857]. Sur le versant du droit interne, en revanche, la situation a constamment évolué au fur et à mesure que les juridictions nationales s'appropriaient le mécanisme, en découvrant les inconvénients et les atteintes à des exigences essentielles de leur ordre juridique, inhérentes à leur identité nationale. Cela n'a pas empêché une banalisation du mécanisme en droit interne[1858]. Ainsi, du marteau et de l'enclume, l'un est en perpétuel mouvement, l'autre est solidement ancré dans le droit, si bien que la Cour de justice n'a eu, pour faire évoluer sa jurisprudence, qu'à tenir compte des revendications nationales, qu'elle a pu intégrer lorsque celles-ci ne remettaient pas en question l'efficacité du mécanisme préjudiciel.

[1853] CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek contre Belgique,* 3989/07 et 38353/07, L. MILANO, *JCP G*, 2011, p. 1369.
[1854] L. BURGORGUE-LARSEN, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (juillet – décembre 2012) », *AJDA*, 2013, p. 165.
[1855] CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud contre France*, 12323/1 BURGORGUE-LARSEN L., « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (juillet – décembre 2012) », *AJDA*, 2013, p. 165
[1856] La rédaction est ainsi identique : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités », l'article 177 CEE faisant référence à la « Cour de justice » et non pas encore « de l'Union européenne ».
[1857] Préambule du Traité sur l'Union européenne.
[1858] CASSIA P., « La mise en oeuvre du droit communautaire dans le contentieux administratif », *op. cit.*, p. 802, à propos du juge administratif français.

625. D'un côté donc l'enclume, « *la clef de voute (sic) du système juridictionnel* », qui « *a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union […] permettant ainsi d'assurer sa cohérence, son plein effet et son autonomie ainsi que, en dernière instance, le caractère propre du droit institué par les traités* »[1859]. La Cour s'applique pour se faire à « en garantir l'intégrité face à toute mesure, réelle ou supposée »[1860]. Il est alors remarquable que la Cour de justice ne fasse en aucun cas appel, dans ses raisonnements, aux critères d'équivalence et d'effectivité. L'absence de l'équivalence est compréhensible du fait du caractère unique de la procédure préjudicielle de l'article 267 TFUE. L'absence de l'effectivité est, elle, moins défendable, sauf à se positionner du point de vue de l'intensité normative. Dans ce cas, deux caractéristiques ressortent clairement : la présence d'une modalité procédurale inscrite dans le traité à l'article 267 TFUE, et l'implication directe des rapports entre le juge national et la Cour. De ce fait, le raisonnement de la Cour de justice revient à dire, en substance, que la procédure nationale ne peut être contraire à l'article 267 TFUE, sans intermédiaire. Sans un critère d'effectivité qui viendrait affaiblir la primauté du traité en relativisant, d'une part, la contrariété des modalités procédurales internes qui rendraient difficile l'exercice du renvoi sans le rendre excessivement difficile et en permettant, d'autre part, de corriger le contenu du critère par d'éventuelles justifications étatiques. Nous sommes alors dans le degré le plus élevé d'exercice par la Cour de justice de la compétence procédurale.

626. D'un autre côté, le marteau, sans cesse en mouvement. L'affaire *Melki* témoigne de cet équilibre que la Cour de justice tente toujours de trouver entre exigences liées à la primauté et respect de l'identité constitutionnelle des États membres[1861], en particulier ici de la France et de sa jeune question prioritaire de constitutionnalité, où la Cour a su trouver une voie « apaisante et graduée »[1862]. Saisie par la Cour de cassation française, aimablement guidée dans sa réponse par le Conseil constitutionnel, et avec insistance par la Conseil d'État, c'est peu dire que la réponse de la Cour de justice, réunie dans sa formation la plus solennelle, était

[1859] *Avis au titre de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*, *op. cit.*, pt. 176.
[1860] H. LABAYLE, F. SUDRE, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015, 3, pt. 73.
[1861] Pour D. SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *in* L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. « Cahiers européens », 2011, p. 32, « cette exigence (de primauté) a toujours été contrebalancée par la recherche d'un équilibre parfois subtil et souvent évolutif avec les composantes inhérentes à l'autonomie des États membres, de manière à éviter une ingérence disproportionnée dans les règles jugées fondamentales des ordres juridiques nationaux ».
[1862] L. COUTRON, « Droit du contentieux de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2010, p. 599.

attendue[1863]. Face à un aréopage de cours d'une telle importance les juges de Luxembourg n'ont pu qu'intégrer dans les modalités procédurales de mise en œuvre de l'article 267 TFUE les volontés univoques exprimées par le législateur organique français, et le constituant belge qui avait déjà auparavant mis en place une procédure comparable, et dont la Cour était à ce moment-là également saisie. Sans revenir sur la portée de l'arrêt *Melki*, largement commentée, nous nous contentons de souligner cet exemple de prise en compte de spécificités nationales évolutives, ce qui montre la capacité de la Cour de justice à adapter son discours et la répartition de la compétence procédurale à la faveur d'une subsidiarité juridictionnelle à la définition de laquelle le juge national a toute sa place.

B. La timidité du juge français sur les questions procédurales

627. *A priori*, la pratique de la Cour de cassation et du Conseil d'État ne pose pas de problème particulier, ces deux autorités respectant assez largement la jurisprudence de la Cour de justice[1864], allant même, pour la Cour de cassation, jusqu'à poser d'office une question préjudicielle alors même que les parties n'avaient pas invoqué le droit de l'Union. Les deux autorités posent ainsi des questions préjudicielles en interprétation à la Cour de justice[1865], et s'abstiennent dès lors que la contestation soulevée n'a pas de « caractère sérieux »[1866]. La Cour de cassation laisse toute latitude au juge d'appel de poser ou non une question préjudicielle, reconnaissant que l'article 267 TFUE n'oblige pas à effectuer un renvoi dès lors que la décision est susceptible de recours[1867]. Pourtant, des différences de traitement existent. Le Conseil d'État

[1863] Voir, dans l'ordre chronologique, les arrêts Cass., 16 avr. 2010, pourvoi n. 10-40.002, *Abdeli et Melki*, P. CASSIA et E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2010, p. 1234 ; D. SIMON, « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n. 5, mai 2010, étude 5 ; Cons. const., n. 2010-605 DC, 12 mai 2010, D. SIMON, A. RIGAUX, « Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, le jour se lève ? », *Europe*, n. 6, juin 2010, repère 6 ; et enfin l'arrêt de la Cour de justice *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, *op. cit.*

[1864] Ce fait avait déjà été relevé, pour ce qui est de la Cour de cassation, en 1985 par M.-F. BUFFET-TCHAKALOFF, *La France devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Économica-PUAM, 1985, p. 273, ; et encore en 1995 C. HAGUENAU-MOIZARD, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, *op. cit.*, p. 142.

[1865] Pour le Conseil d'État, le premier renvoi fut celui dans l'affaire CE, 10 juillet 1970, req. n. 76643, *Synacomex* ; le premier renvoi d'un tribunal administratif fut le fait de celui de Paris, TA Paris, 5 juin 1973, publié au Lebon. Pour la Cour de cassation, voir par exemple le sursis à statuer de la chambre sociale, le 7 juillet 1981, pourvoi n. 80-10793, Bull. Soc. N. 659.

[1866] CE, 18 janvier 1974, req. n. 81660, *Union des minotiers de Champagne.*

[1867] Cass. crim., 5 janvier 1967, pourvoi n. 65-93567, Bull. Crim. N. 8.

en tant que juge de cassation ne contrôle pas le bien fondé du refus du juge du fond de procéder à un renvoi préjudiciel[1868], au contraire de la Cour de cassation[1869].

628. *A priori* également, la technique de l' « acte clair », cette théorie *Made in France*[1870], mise en œuvre par le Conseil d'État est conforme au droit de l'Union. Cette pratique, qui consiste, lorsque le requérant demande à ce qu'il soit sursis à statuer et qu'il soit posé une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice, à ce que le juge statue lui-même sur l'interprétation du droit de l'Union au motif que l'acte est clair et ne requiert pas de renvoi. Cette technique a été posée en 1964 par l'arrêt *Société des Pétroles Shell-Berre*[1871], et *validée* par la Cour de justice en 1982 avec l'affaire *CILFIT*[1872]. Cette pratique n'est donc pas contraire au droit de l'Union ni à la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'article 267 TFUE[1873]. Ainsi, C. Haguenau-Moizart retrace-t-elle en 1995 le chemin emprunté par le Conseil d'État dans sa pratique de l'acte clair, voie que nous n'empruntons donc pas, tant ce thème est aujourd'hui éculé[1874].

629. L'arrêt *Arcelor*, marque une « fin de cycle », ou une « nouvelle ère »[1875], en tout cas est la charnière de l'ancien et du nouveau Conseil d'État. Cet arrêt est la conciliation entre la jurisprudence du Conseil d'État *Sarran et Levacher*, et la jurisprudence de la Cour de justice *Simmenthal* et *Foto-Frost*. Il n'est pas pleinement satisfaisant par conséquent du point de vue du droit de l'Union, car le renvoi préjudiciel ne sera opéré que lorsqu'il existera dans le droit de l'Union une règle ou un principe général qui sera à même de garantir le respect de la disposition constitutionnelle en conflit. Ici, le juge administratif français fait montre dans cette attitude d'une volonté de reprendre en partie à son compte la réserve du Conseil constitutionnel

---

[1868] CE, 1er juin 1994, req. n. 129727, *Letierce,* G. ORSONI, *RTD com*., 1994, p. 707.
[1869] Cass. *com*., 8 mars 2005, pourvoi n. 00-22093, *Coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région*, *Bull*. 2005 I n. 112 p. 96.
[1870] S. PLATON, « La pratique du Conseil d'État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA*, 2015, p. 260, qui rappelle que cette spécificité française se nomme en français dans la doctrine anglophone et germanophone.
[1871] CE, 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre.*
[1872] *CILFIT*, *op. cit.*, A. Masson, *Droit communautaire*, Larcier, 2008, p. 504.
[1873] C. HAGUENAU-MOIZARD, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, *op. cit.*, p. 147.
[1874] Voir les développements de l'auteur *Ibid.*, p. 149-151 ; voir également, et plus récemment, C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2012, p. 96 et s.
[1875] CE, 8 février 2007, req. n. 287110, *Société Arcelor Atlantique,* M. GAUTIER ET F. MELLERAY, « Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? À propos des arrêts d'assemblée du 8 février 2007 », *Dr. adm*, 2007, Étude 7.

qui avait en 2006 posé une limite à l'immunité des lois de transposition des directives tenant à l'atteinte à « *une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »[1876].

630. L'abus par le Conseil d'État de la théorie de l'acte clair est cependant limité par le développement par la Cour de justice de sa jurisprudence *Köbler* qui permet d'engager la responsabilité de l'État du fait d'une décision juridictionnelle insusceptible de recours, la violation manifeste de la règle de droit pouvant être déduite du refus du juge de renvoyer à la Cour de justice une question préjudicielle[1877]. Depuis 2006, par ailleurs, le Conseil d'État a engagé une « profession de foi europhile » qui tend à le rapprocher de la jurisprudence de la Cour de justice[1878], nouant désormais avec la Cour une relation de « qualité »[1879].

631. Cependant, un autre frein au renvoi préjudiciel, spécifiquement en matière procédurale, peut porter atteinte au dialogue noué entre juge national et Cour de justice, et concerne les deux autorités, judiciaires et administratives. La prémisse qui veut qu'en matière procédurale le droit national bénéficie d'une autonomie, sauf à ce que la Cour de justice l'encadre, revient à considérer, pour certains, que l'Union n'a pas de compétence en matière procédurale[1880]. Cette liberté du juge national n'est donc pas de nature à l'inciter à poser une question préjudicielle dans ce domaine, considérant sa propre compétence comme étant par défaut, l'encadrement par la Cour n'intervenant que lorsque des actes législatifs de l'Union posent quelques règles, comme en matière d'asile[1881], ou lorsqu'une longue jurisprudence de la Cour existe déjà et est bien connue, comme en matière de répétition de l'indu[1882]. Le Conseil d'État s'est ainsi reconnu compétent dans l'arrêt *Octapharma* pour moduler dans le temps les effets d'une annulation pour violation du droit de l'Union, alors que seule la Cour de justice peut y procéder[1883]. Qu'on en juge par la part des renvois préjudiciels en matière procédurale par un juge français. Le juge

---

[1876] C'est la position défendue par D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *op. cit.*, p. 27. Le Conseil constitutionnel a en effet dégagé cette limite dans sa décision du 27 juillet 2006, n. 2006-540 DC, *Loi relative aux droits d'auteur*.
[1877] L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 218.
[1878] S. PLATON, « La pratique du Conseil d'État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 260.
[1879] C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 35.
[1880] Voir Chapitre introductif.
[1881] CJUE, 5 novembre 2014, aff. C-166/13, *Mukarubega*, n. e. p.
[1882] Voir ci-dessous.
[1883] CE, 23 juillet 2014, req. n° 349717, *Octapharma*, S. PLATON, *Dr. Adm*., n. 8-9, août 2015, p. 5.

français a effectué 910 renvois préjudiciels depuis le premier en 1965[1884]. Pour le seul juge administratif, cela concerne 118 renvois, dont 86 par le Conseil d'État, 8 par les cours administratives d'appel, et 24 par les tribunaux administratifs. Sur ces 118 renvois, trois seulement ont strictement un rapport avec la compétence procédurale. Cela concerne la répétition de l'indu[1885] – dont l'enrichissement sans cause[1886] –, et le régime de la preuve[1887]. Le Conseil constitutionnel, lui, n'a opéré qu'un seul renvoi et concerne le mandat d'arrêt européen[1888], considérant toutefois que cette absence devant le prétoire de la Cour de justice est plus due au statut particulier de juge constitutionnel qu'à la conception autonome de la procédure juridictionnelle. Le juge judiciaire, lui, a donc opéré 790 renvois, dont 114 pour la Cour de cassation[1889]. 15 renvois parmi les 786 de la juridiction judiciaire concernent strictement la compétence procédurale.

632. Ce qui pose problème ici, ce n'est pas le nombre général de renvois préjudiciels par les juridictions françaises, qui est, on pourrait le dire, tout à fait remarquable au regard de la tardiveté de leur engagement, mais la proportion des renvois consacrés aux questions *procédurales* juridictionnelles. À titre de comparaison, en Bulgarie, sur 75 renvois préjudiciels depuis 2010, plus de dix saisines de la Cour de justice concernent les questions procédurales. Il s'agit aussi bien de motivation des décisions juridictionnelles[1890], de compétence territoriale[1891], d'aide juridictionnelle[1892], de montant des dépens[1893], d'autorité de la chose jugée[1894], de répétition de l'indu[1895], de délais de forclusion[1896], que d'obligation du juge du fond lié par un arrêt de cassation[1897]. Pour un État qui n'a rejoint l'Union qu'en 2007, la différence est frappante avec la France, membre fondateur. On observe alors que dans seulement quatre

---

[1884] Rapport annuel 2014 de la Cour de justice, p. 122, pour les chiffres de 1952 à 2014, augmenté d'une recherche sur le site internet www.curia.eu, pour la période couvrant la période du 1er janvier au 2 mai 2015.
[1885] *Scott SA et Kimberly Clark c. Ville d'Orléans*, *op. cit.* (CAA de Nantes) ; *CELF II*, *op. cit.* (Conseil d'État).
[1886] *Accor SA*, *op. cit.* (Conseil d'État).
[1887] *Ibid.*
[1888] *Jeremy F.*, *op. cit.* (Conseil constitutionnel).
[1889] Ces chiffres sont le fruit d'une combinaison des chiffres du Rapport annuel 2014 de la Cour de justice, p. 122, et de recherches manuelles sur le site internet www.curia.eu.
[1890] *Mahdi*, *op. cit.*
[1891] *Agrokonsulting*, *op. cit.*
[1892] *Ibid.*
[1893] *Ibid.*
[1894] CJUE, 13 mars 2014, aff. C-29/13, *Global Trans Lodzhistik*, n. e. p.
[1895] *Rusedespred*, *op. cit.*
[1896] *Enel Maritsa Iztok 3 AD*, *op. cit.* ; *EMS-Bulgaria Transport*, *op. cit.*
[1897] *Elchinov*, *op. cit.*

affaires sur ces dix renvois la Cour de justice s'est appropriée l'exercice de la compétence procédurale et a déterminé elle-même les modalités procédurales qui devaient être mises en œuvre[1898]. Dans les six autres cas, la Cour s'est laissée convaincre par l'argumentation du gouvernement bulgare qui, grâce à l'activisme de son juge, a trouvé l'occasion de peser dans la détermination des standards procéduraux européens. Il n'y a rien d'étonnant à cela, puisque la Cour de justice considère que le renvoi préjudiciel permet au juge national comme à la Cour de justice de « *contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire* »[1899].

633. Néanmoins, cela ne signifie pas pour autant que le juge administratif n'applique pas la jurisprudence de la Cour de justice en matière procédurale, mais lorsqu'il est dans une situation où il pourrait l'appliquer, il excipe de son autonomie procédurale[1900]. Or, du point de vue des parties et de leur conseil, ce sont des mécanismes de stratégie contentieuse supplémentaires qui sont trop souvent délaissés. Du point de vue des juges, ce sont des outils d'influence majeurs en Europe qui sont négligés. Car, et la pratique l'a démontré, le renvoi préjudiciel est un outil de diplomatie de cours non négligeable, par lequel un État membre peut tenter de convaincre la Cour de justice du bien fondé de sa réglementation, grâce à la procédure des observations[1901]. Le renvoi par le tribunal administratif de Melun dans l'affaire *Mukarubega* en est un exemple particulièrement pertinent[1902]. Ainsi, et peut-être dans le seul but de provoquer, nous ne saurions trop encourager qu'un juge judiciaire ou administratif français pose une question préjudicielle à la Cour de justice sur l'interprétation du droit de l'Union à l'égard de l'usage d'un bloc de compétences au profit du juge judiciaire tel qu'issu de la décision du Tribunal des conflits du 17 octobre 2011 dans l'affaire *SCEA du Chéneau*[1903]. Cela serait d'autant plus possible, sinon

---

[1898] *Ibid.* ; *EMS-Bulgaria Transport*, *op. cit.* ; *Byankov*, *op. cit.* ; *Rusedespred*, *op. cit.*

[1899] CJCE, 1 décembre 1965, aff. 16/65, *Firma Schwarze*, Rec. p. 1094.

[1900] Dont quelques uns des derniers exemples sont les arrêts CE, 4 juin 2014, req. n. 370515, et CAA Nantes, 12 juin 2014, req. n. 13NT02635, en matière d'éloignement de ressortissants d'États tiers, le juge ne faisant dans ces deux exemples qu'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice, qui renvoie, elle aussi, à leur autonomie procédurale.

[1901] Prévue par l'article 23 alinéa 1er du Statut de la Cour de justice. Voir les thèses de J.-L. SAURON, *Les « interventions » des États membres dans les renvois préjudiciels de l'article 177 du traité CEE*, Paris 10 Nanterre, 1994, 204 p, et de C. VOCANSON, *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. pp. 393-400.

[1902] *Mukarubega*, *op. cit.* Il s'agissait de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, JOUE, L. 348 du 24.12.2008, p. 98, dite directive « Retour ».

[1903] *Salgoil*, *op. cit.* ; *Piercarlo Bozzetti*, *op. cit.*Voir également une jurisprudence abondante : *SEIM*, *op. cit.* ; *Dorsch Consult*, *op. cit.* ; *Universale-Bau e. a.*, *op. cit.* ; *IN.CO.GE*, *op. cit.* À de très rares exceptions, la Cour s'est prononcée sur la juridiction compétente, mais il s'agissait de droit douanier,

souhaitable, que le juge du fond n'est pas lié par une décision du Tribunal des conflits, de la Cour de cassation ou du Conseil d'État et ce, ironie du sort, justement depuis un arrêt de la Cour de justice rendu sur renvoi juge administratif bulgare…[1904].

II. La préemption de l'autorité des choses définitives

634. Autorité de la chose jugée et autorité de la chose décidée sont les deux faces asymétriques d'une confiance parfois mise à l'épreuve au nom de la primauté du droit de l'Union. En effet, ni l'autorité de la chose jugée (A), pas plus que l'autorité de la chose décidée (B) ne sont absolues.

A. L'autorité de la chose jugée

635. Le respect de l'autorité de la chose jugée est une exigence de tout ordre juridique[1905]. *Res judicata pro veritate accipitre* – la chose jugée est reçue pour vérité – constitue un principe fondamental assurant sécurité juridique et bonne administration de la justice, reconnu tant par les États membres de l'Union européenne que par la Cour de justice, qui l'accepte comme justification corrective[1906] (1). Ce principe n'est toutefois pas absolu pour la Cour de justice, car il met à mal le principe de primauté, lorsqu'il est impossible de revenir sur une décision juridictionnelle qui viole le droit de l'Union. La Cour a donc admis, dans des cas limités, qu'il faille revenir sur l'autorité de la chose jugée (2).

---

qui fait l'objet d'une harmonisation complète, car c'est une compétence exclusive de l'Union : *Fazenda*, *op. cit.* ; *G contre Cornelius de Visser*, *op. cit.*

[1904] *Elchinov*, *op. cit.*, pt. 30. La Cour a dit pour droit que « *le juge national, ayant exercé la faculté que lui confère l'article 267, deuxième alinéa, TFUE, est lié, pour la solution du litige au principal, par l'interprétation des dispositions en cause donnée par la Cour et doit, le cas échéant, écarter les appréciations de la juridiction supérieure s'il estime, eu égard à cette interprétation, que celles-ci ne sont pas conformes au droit de l'Union* ».

[1905] Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, p. 473.

[1906] Dans la jurisprudence récente de la Cour de justice, on peut mentionner les arrêts *Ferwerda*, *op. cit.* ; *Kühne et Heitz*, *op. cit.* ; *Kapferer*, *op. cit.* ; *i-21 Germany et Arcor AG*, *op. cit.* ; *Lucchini SpA contre MICA*, *op. cit.* ; *ROM-projecten*, *op. cit.* ; *Pimix*, *op. cit.* La jurisprudence française, reconnaît également le principe de sécurité juridique : CE Ass. 11 mai 2004, *AC !* ; CE Ass. 24 mars 2006, *KPMG* ; CE sect. 27 oct. 2006, *Techna* ; CE Ass. 16 juill. 2007, *Société Tropic travaux de signalisation Guadeloupe* ; Cass., ass. plén., 21 déc. 2006, *SA La Provence c/ Véronique D*. Dans la doctrine, voir notamment P. BRUNET, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », *in Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 247-250.

1. Une justification établie : le respect de l'autorité de la chose jugée

636. L'affirmation du principe du respect de l'autorité de la chose jugée[1907] s'est d'abord faite à la suite de sentences arbitrales devenues définitives. Dans l'arrêt *Eco-Swiss China Time* du 1er juin 1999, la Cour de justice a dit pour droit que l'acquisition de l'autorité de la chose jugée d'une sentence arbitrale au terme d'un délai de recours est une expression du principe de sécurité juridique, qui est à la base du système juridictionnel national. Par conséquent, le doit communautaire n'exige pas d'y porter atteinte[1908]. Le principe ainsi affirmé le sera constamment par la suite, chaque fois que la Cour se penchera sur cette question. La solution vaut également pour les décisions juridictionnelles[1909], et pareillement lorsque l'État dont la responsabilité pour violation du droit de l'Union est engagée et que le justiciable demande réparation[1910], même lorsque le justiciable ignorait ses droits et est demeuré passif tout au long de la procédure[1911]. Le respect de l'autorité de la chose jugée ne doit pas faire obstacle, cependant, à ce que le justiciable puisse engager la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union du fait d'une décision juridictionnelle insusceptible de recours, ainsi que cela a été posé dans l'arrêt *Köbler*[1912]. Et, lorsqu'une réglementation nationale requiert du justiciable qu'il doive se prévaloir de l'annulation de la décision juridictionnelle préalablement à tout recours en responsabilité, alors que cette annulation est impossible en raison de l'autorité de la chose jugée, la Cour de justice estime que c'est la première modalité relative à l'obtention de l'annulation de la décision qui est contraire au critère d'effectivité, et non le principe de l'autorité de la chose jugée[1913].

637. Le juge administratif français tire les conséquences de cette jurisprudence et considère depuis longtemps que « *le droit communautaire n'impose pas de remettre en cause l'autorité qui s'attache à une décision passée en force de chose jugée même si cette décision n'a pas*

[1907] Sur l'autorité de la chose jugée, voir parmi une doctrine abondante L. N. BRANT, *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », 2003, 396 p ; L. CADIET et D. LORIFERNE (dirs.), *L'autorité de la chose jugée*, Paris, IRJS éd., 2012, 177 p ; R. GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée essai critique*, Université de Bordeaux I, 1931, 476 p ; Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », *op. cit.*

[1908] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pts 46 et 47.

[1909] *Kapferer*, *op. cit.*, pt. 21. Voir aussi CJUE, 6 octobre 2015, aff. C-69/14, *Târşia*, n. e. p., pt. 41.

[1910] *Köbler*, *op. cit.*, pt. 39. Dans ce cas, le juge interne n'est pas tenu de revenir sur une décision juridictionnelle ayant acquis l'autorité de la chose jugée, qui est la cause de la responsabilité de l'État membre.

[1911] *Asturcom Telecomunicaciones*, *op. cit.*, pt. 47.

[1912] *Köbler, op. cit*.

[1913] CJUE, 9 septembre 2015, aff. C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e.a* , n. e. p., pt. 59.

donné leur plein effet aux obligations découlant du traité de Rome »[1914], de même que le juge judiciaire français, qui n'admet pas d'atteinte aux décisions entrées en force de chose jugée[1915], même après un arrêt de la Cour de justice[1916].

638. La justification corrective apportée par l'État ou le justiciable et reprise par la Cour de justice joue donc un rôle déterminant dans sa jurisprudence, même si elle la fait tanguer, sans malgré tout la faire sombrer[1917].

2. Une excuse relative : la nécessaire application effective du droit de l'Union

639. Dans l'intérêt tant de l'ordre social que de l'individu lésé[1918], la Cour de justice a été amenée à forcer un renoncement à l'autorité de la chose jugée, face aux limites de la possibilité de mettre en cause, *a posteriori*, la responsabilité de l'État membre du fait d'une décision juridictionnelle. Ce renoncement a lieu dans trois cas de figure : sur le plan matériel, dans le domaine des aides d'États (a), et sur le plan procédural, lorsque l'autorité attachée aux décisions juridictionnelles entrainerait la répétition à l'infini de la violation du droit de l'Union, ou lorsque les conditions de la jurisprudence *Zuckerfabrik* pour prendre des mesures provisoires ne sont pas respectées (b).

[1914] Voir l'article de P. CASSIA, « Le juge administratif français et la validité des actes communautaires », *RTD eur.*, 1999, p. 409.

[1915] Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, pourvoi n. 04-10.672, *Cesareo c/ Cesareo*, R. PERROT, *Procédures*, n. 10, octobre 2006, comm. 201.

[1916] Tout d'abord pour la chambre criminelle : Cass. crim., 14 mars 1991, *Bull. crim*. 1991, n° 130, J.-G. HUGLO, « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France », *JCl. Europe Traité*, septembre 2012, pt. 185. Puis pour la chambre commerciale : Cass. com., pourvoi n. 98-12878, 14 juin 2000, *Roquette*, *Bull*. 2000 IV n. 123, p. 111, où la Cour de cassation s'est fondée sur l'arrêt *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, qui venait d'être rendu par la Cour de justice et qui n'imposait pas au juge national de revenir sur l'autorité de la chose jugée. La Cour écrit ainsi : « *Mais attendu que, dans son arrêt du 1er juin 1999 (Eco Swiss China Time), la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter les règles de procédure internes dès lors qu'une sentence arbitrale, même rendue de façon contraire au droit communautaire, a acquis l'autorité de la chose jugée et est devenue irrévocable ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 26 avril 1994, qu'elle n'a pas dénaturé, ne pouvait avoir pour effet de remettre en cause l'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'arrêt, devenu irrévocable, rendu le 1er juin 1987 par la cour d'appel d'Amiens* ».

[1917] F. HOFFMANN, *JCP A*, n° 9, 25 Février 2013, p. 2060.

[1918] P.-A. VINCENT, « Les recours en révision contre les arrêts du Conseil d'État », *RDP*, 1938, p. 423.

a. La limite matérielle : le cas particulier des aides d'État

640. Tout juste huit ans après l'arrêt *Eco-Swiss China Time* à propos des sentences arbitrales et, plus significatif encore, un an seulement après l'arrêt *Kapferer* qui a étendu cette solution aux décisions juridictionnelles, la Cour de justice est venue apporter un sérieux tempérament au principe de l'autorité de la chose jugée, expression du principe de sécurité juridique[1919]. C'est avec l'arrêt *Lucchini* rendu le 18 juillet 2007 que le coup a été porté, par un énoncé qu'il nous paraît utile de reproduire :

> « *l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aides ou d'un régime d'aides avec le marché commun relève de la compétence exclusive de la Commission, agissant sous le contrôle du juge communautaire. Cette règle s'impose dans l'ordre juridique interne en conséquence du principe de la primauté du droit communautaire. Par conséquent, il convient de répondre aux questions posées que le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée telle que l'article 2909 du code civil italien, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive* »[1920].

641. Il faut préciser que cette atteinte à l'autorité de la chose jugée n'est exigée que lorsque, comme en l'espèce, la décision juridictionnelle est postérieure à la décision de la Commission. Dans le cas contraire, le juge interne n'est pas obligé de revenir sur la décision juridictionnelle[1921], par exception au principe de primauté du droit de l'Union sur le droit interne, quelle que soit la nature de la norme[1922], et qu'il soit antérieur ou postérieur[1923].

[1919] *Eco-Swiss China Time*, *op. cit.*, pt. 46.
[1920] *Lucchini SpA contre MICA*, *op. cit.*, pts 62 et 63. B. CHEYNEL, « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », *RLC*, 2007, n. 13, pp. 33-37 ; M. LUBY, S. POILLOT-PERUZZETTO, « Droit international et européen », *JCP S*, n. 5, janvier 2008, pp. 20-26, spéc. pt. 8 ; D. SIMON, « Autorité de la chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif », *Europe*, n. 10, octobre 2007, comm. 235.
[1921] *Commission c. Slovaquie*, *op. cit.*, pt. 57.
[1922] *Costa c. ENEL*, *op. cit.*, spéc. p. 1160.
[1923] CJCE, 29 novembre 1978, aff. 83/78, *Redmond*, Rec. p. 2347, pt. 69. Voir également D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3ème éd., p. 412.

642. Un arrêt en manquement impliquant le droit processuel slovaque vient poser ce principe de l'autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle antérieure. Engagée dans une procédure judiciaire contre l'État slovaque, la société Frucona, qui opère dans le secteur agroalimentaire des alcools et fruits et légumes en conserve, a bénéficié d'une division d'une dette fiscale par trois par l'administration, grâce à un concordat judiciaire. La Commission ordonna alors, par une décision de 2007, la récupération de ce qu'elle considérait comme une aide d'État. Pour ce faire, la République slovaque, au lieu d'exiger directement le recouvrement, introduit un recours juridictionnel à l'encontre de l'accord de concordat, recours qui sera rejeté, au motif qu'une décision de concordat passée en force de chose jugée ne peut plus faire l'objet de révision. La question alors que doit régler la Cour est donc de savoir « *si le caractère définitif d'une décision juridictionnelle nationale par laquelle est approuvé, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, un concordat duquel résulte l'abandon partiel d'une créance publique, abandon ultérieurement qualifié par la Commission d'aide d'État, peut faire échec à la récupération de cette aide* »[1924]. La Cour rejette le rapprochement avec l'affaire *Lucchini*, invoquée par la Commission, car la décision déclarant l'aide illégale était postérieure à la décision juridictionnelle, qui était passée en force de chose jugée à ce moment-là, ce qui, par la même occasion, permet à la Cour d' « éclairer et circonscrire la portée de l'arrêt *Lucchini* »[1925]. L'attachement de l'Union à l'autorité de la chose jugée permet donc au juge de la maintenir en tant que justification, quand même l'ignorer aurait permis de remédier à une violation du droit de l'Union[1926], ce qui fait immanquablement penser à l'affaiblissement de la théorie de la primauté absolue[1927]. Néanmoins, la Cour condamne l'attitude de la Slovaquie, car il semble que d'autres voies étaient possibles pour récupérer l'aide, ce sur quoi elle n'a pas apporté d'information.

643. L'exception à l'autorité des décisions juridictionnelles est donc circonscrite au seul cas de la récupération d'une aide sur ordre de la Commission antérieur à une décision juridictionnelle, mais la raison avancée par la Cour dans l'arrêt *Lucchini* nous paraît avoir des conséquences bien plus larges : un domaine qui relève de la « *compétence exclusive de la Commission* » s'impose à l'ordre juridique interne « *en conséquence du principe de primauté* ». Il semble alors que dans un domaine de compétence exclusive de la Commission en dehors du

[1924] *Commission c. Slovaquie*, *op. cit.*, pt. 55.
[1925] M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, 2010, pp. 170-171.
[1926] *Commission c. Slovaquie*, *op. cit.*, pts 56-60.
[1927] Comme le rappelle D. SIMON, « Autorité de chose jugée d'une décision juridictionnelle nationale », *Europe*, février 2011, 2, comm. 39.

cas des aides d'État, l'autorité de la chose jugée puisse être de la même manière écartée en tant que correctif. Il suffit de penser au cas des décisions de la Commission en sa qualité d'autorité de concurrence, qu'il s'agisse par exemple des autorisations ou refus de concentrations entre entreprises, de démantèlement d'un cartel ou de décisions portant sur des engagements[1928]. Par ailleurs, l'intensification normative qui caractérise le champ des compétences partagées pourrait, à l'avenir, être un prétexte à la transposition de la solution *Lucchini* aux domaines de compétences partagées préemptés par les institutions de l'Union, la différence avec les compétences exclusives en ce qui concerne l'exercice de la compétence s'atténuant sensiblement. À ce titre, l'arrêt rendu le 10 juillet 2014 en matière de marché public de travaux dans l'affaire *Impresa Pizzarotti* va dans ce sens, même si la Cour de justice qui demande, « prise de remords »[1929], au Conseil d'État italien de revenir partiellement sur l'autorité de la chose jugée d'une de ses décisions, ne fait que faire application du critère d'équivalence[1930], le droit italien permettant de mettre en place une « *chose jugée à formation progressive* »[1931].

b. Les limites procédurales

644. Deux autres limites ont été posées par la Cour de justice, et elles ont un caractère procédural. La première est la situation dans laquelle une modalité procédurale interne empêcherait de remettre en question une décision contraire au droit de l'Union qui aboutirait à une violation permanente de ce droit (*i*). La seconde situation concerne les cas dans lesquels le juge interne à prononcé des mesures provisoires qui sont illégales au regard du droit de l'Union (*ii*).

[1928] La Cour de justice confirme l'exclusivité de la compétence dans ce domaine dans l'arrêt *Akzo Nobel Chemicals*, *op. cit.*, p. 116 : « les règles de procédure en matière de concurrence, telles qu'elles s'articulent à l'article 14 du règlement n° 17 et à l'article 20 du règlement n° 1/2003, font partie des dispositions nécessaires au fonctionnement du marché intérieur dont l'adoption fait partie d'une compétence exclusive conférée à l'Union en vertu de l'article 3, paragraphe 1, sous b), TFUE ».

[1929] D. SIMON, *Europe*, n° 10, octobre 2014, com. 371.

[1930] *Impresa Pizzarotti*, *op. cit.*, pt. 56. La Cour considère en effet que « *si, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier, la décision contenue dans son arrêt n° 4267/2007, qui est mentionnée au point 15 du présent arrêt, et qui, aux termes de la décision de renvoi, circonscrit la chose jugée dans la présente affaire, relève des conditions d'application de cette modalité procédurale, il appartient à cette juridiction, eu égard au principe d'équivalence, de faire usage de ladite modalité* ».

[1931] *Ibid.*, pt. 55.

i. La violation permanente du droit de l'Union

645. C'est le cas de figure envisagé dans l'arrêt *Olimpiclub* du 3 septembre 2009[1932]. Pour la Cour de justice de l'Union européenne, le juge doit mettre de côté l'autorité de la chose jugée lorsque la violation du droit communautaire se répèterait indéfiniment. En l'espèce, le fait générateur de cette répétition de la violation était une « *interprétation des règles communautaires relatives à des pratiques abusives en matière de TVA contraire au droit communautaire* ». Une fois le délai de recours contre la décision juridictionnelle en cause écoulé, il n'y aurait plus eu de possibilité de contester cette application erronée, de sorte que, comme le dit la Cour, « *l'application incorrecte de ces règles se reproduirait pour chaque nouvel exercice fiscal* »[1933]. Cette impossibilité découlait par ailleurs de la même disposition du code civil italien que celle qui était en cause dans l'affaire *Lucchini*[1934]. La Cour motive cette solution par le fait que l'atteinte au droit communautaire serait alors de grande envergure, et qu'une telle violation est disproportionnée par rapport à la justification de l'autorité de la chose jugée. Face à cette motivation, deux remarques s'imposent.

646. La première tient à l'acceptation par la Cour de justice du principe de l'autorité de la chose jugée comme justification à la violation du droit de l'Union. Cette constatation apparaît de façon explicite dans l'énoncé même de la Cour, qui estime que « *des obstacles d'une telle envergure à l'application effective des règles communautaires en matière de TVA ne peuvent pas être raisonnablement justifiés par le principe de sécurité juridique* »[1935], dont l'autorité de la chose jugée est l'expression. Il découle de cette articulation du raisonnement que, comme toute exception à une violation des traités, l'atteinte doit être proportionnée. C'est, du moins, ce qui ressort de ce que cette atteinte, parce que d'une *telle envergure*, n'est pas *raisonnablement* justifiée. C'était la même disproportion dans l'arrêt *Fantask* en 1997, qui avait

---

[1932] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.* COUTRON L., chron., *RTD eur.*., 2010, p. 113 **;** SIMON D., « Autorité de chose jugée d'un arrêt national », *Europe*, 2009, n. 11, pp. 11-12.

[1933] *Ibid.*, pt. 30.

[1934] *Lucchini SpA contre MICA*, *op. cit.* Il s'agit de l'article 2909 du code civil italien consacrant l'autorité de la chose jugée, et interprétée par la *Corte suprema di cassazione* : « *[...] lorsque deux procédures opposant les mêmes parties ont trait au même rapport juridique et que l'une d'entre elles a été conclue par une décision de justice passée en force de chose jugée, les constatations ainsi opérées par rapport à cette situation juridique ou à la solution de questions factuelles ou juridiques portant sur un point fondamental commun aux deux affaires, formant ainsi la prémisse logique indispensable à la décision contenue dans le dispositif du jugement, s'opposent au réexamen de ce même point de droit, désormais acquis, même si la procédure ultérieure poursuit des finalités différentes de celles ayant constitué l'objet et le 'petitum' de la première*.» (pt. 4 de l'arrêt *Olimpiclub*). Ainsi que la Cour le précise dans l'arrêt *Lucchini* (pt. 16), cette disposition « *exclut toute possibilité de saisir la justice de litiges sur lesquels une autre juridiction a déjà statué à titre définitif* ».

[1935] *Fallimento Olimpiclub*, *op. cit.*, pt. 31 (nous soulignons).

poussé la Cour de justice à refuser le motif de la « *faute excusable* » de l'État membre, car « *elle aboutirait […] à favoriser les violations du droit communautaire qui se sont poursuivies sur une longue période* »[1936]. Il faut aussi souligner la banalisation de la remise en cause de l'autorité de la chose jugée, soumise elle aussi au respect des critères d'équivalence et d'effectivité, dans l'arrêt *Global Trans Lodzhistik*[1937]. La Cour fait référence, pour ce faire, à l'arrêt *Olimpiclub*.

647. Le même risque de répétition de la violation du droit de l'Union a été relevé dans l'arrêt *Klausner Holz Niedersachsen* rendu le 11 novembre 2015[1938], mais cette fois dans le domaine des aides d'État. Dans cette affaire, un contrat avait été conclu entre une autorité publique et un prestataire, résilié deux ans plus tard par cette même autorité publique. Le prestataire assigne alors l'autorité publique en justice afin que soient maintenus les effets du contrat, ce qui est obtenu, y compris en appel. À ce stade, ni l'autorité publique, ni le juge national n'excipent de l'existence d'une aide d'État qui pourrait être illégale. La décision juridictionnelle acquit alors l'autorité de la chose jugée, et le prestataire en profita pour introduire un recours en indemnité contre l'État pour rupture abusive des relations contractuelles. Ce n'est qu'à cette occasion que l'État argua de l'illégalité de l'aide que constituait le contrat pour justifier sa résiliation, et refuser ainsi toute indemnité. La juridiction saisie était alors face à deux modalités procédurales internes contradictoires : d'une part, l'obligation qui lui est faite, en vertu du droit interne, de déclarer nul et non avenu un contrat contraire au droit des aides d'États et d'autre part, l'interdiction qui s'impose à elle de revenir sur une décision juridictionnelle étant revêtue de l'autorité de la chose jugée. Pour la Cour de justice, si le juge de renvoi ne pouvait revenir sur l'autorité de la chose jugée de la décision qui a maintenu le contrat, les autorités publiques « *pourraient contourner l'interdiction énoncée à l'article 108, paragraphe 3, troisième phrase, TFUE, en obtenant, sans invoquer le droit de l'Union en matière d'aide d'État, un jugement déclaratoire dont l'effet leur permettrait, en définitive, de continuer à mettre en œuvre l'aide en cause durant plusieurs années* »[1939]. Le risque de répétition de la violation du droit de l'Union justifie alors que l'argument tiré de la protection de la sécurité juridique soit écarté.

[1936] *Fantask*, *op. cit.*, pt. 40.
[1937] *Global Trans Lodzhistik*, *op. cit.*, pt. 38. La Cour écrit en effet que « *s'agissant du respect du principe de l'autorité de la chose jugée, il convient de rappeler que les modalités de mise en œuvre de ce principe doivent également respecter les principes d'équivalence et d'effectivité* ».
[1938] CJUE, 11 novembre 2015, aff. C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, n. e. p.
[1939] *Ibid*., pt. 43.

648. En rapprochant cette décision de l'arrêt *Lucchini*, il est possible d'imaginer un renversement de la jurisprudence *Frucona*. En effet, dans l'arrêt *Lucchini*, la Cour de justice avait justifié l'obligation de revenir sur l'autorité de la chose jugée par le fait que « *l'appréciation de la compatibilité de mesures d'aides ou d'un régime d'aides avec le marché commun relève de la compétence exclusive de la Commission* »[1940]. Cependant, dans l'arrêt *Commission contre Slovaquie*, qui concernait l'entreprise Frucona, la Cour a limité l'effet de l'arrêt *Lucchini* aux seuls cas où la décision juridictionnelle serait intervenue postérieurement à la décision de la Commission déclarant l'aide illégale[1941]. Or, dans cette affaire *Klausner Holz Niedersachsen*, aucune décision de la Commission n'est intervenue, ni avant, ni après la décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose jugée. Si la Cour de justice veut maintenir sa jurisprudence *Frucona*, elle ne peut plus la justifier par le respect de l'autorité de la chose jugée, car cette exigence ne tient plus dans de telles conditions. Elle peut néanmoins la justifier par le fait que, dans l'affaire *Frucona*, les autorités publiques disposaient de moyens administratifs pour récupérer l'aide, sans passer par un juge contraint de respecter l'autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle. En matière d'aides d'État, la ligne de partage entre respect et ignorance de l'autorité de la chose jugée pourrait être de savoir s'il existe ou non un moyen de la contourner.

ii. Les mesures provisoires illégales

649. Dans l'affaire de l'hôtellerie sarde[1942], la République italienne devait justifier le fait que le juge interne avait par ordonnances suspendu la récupération des aides illégales. Cette suspension était décidée au motif que le Tribunal de l'Union européenne était saisi d'un recours en annulation de la décision de la Commission qui ordonnait le remboursement de l'aide. La Cour de justice condamne le fait que l'Italie respecte l'autorité de la chose jugée des ordonnances, au motif que ces mesures provisoires ne respectaient pas les critères imposés par le droit de l'Union.

650. En l'espèce, la République italienne a tenté de repousser le plus possible l'application d'une décision de la Commission de 2008 ordonnant la récupération d'aides illégales, octroyées au secteur hôtelier sarde, en ce qu'elles ont été concédées à des projets d'investissement lancés avant la date de la présentation de la demande appropriée. Pour ce faire, le gouvernement italien a réclamé aux bénéficiaires des aides leur remboursement, mais sans véritablement informer la

[1940] *Lucchini*, op. cit., pt. 62.
[1941] *Commission c. Slovaquie*, opt. cit., pt. 57.
[1942] *Commission c. Italie (hôtellerie sarde)*, *op. cit.*

Commission des modalités de ces récupérations, en prenant le temps de calculer le montant des intérêts, en arguant de la séparabilité de projets locaux par rapport à la décision de la Commission, ajoutant à cela le fait qu'à deux reprises des juridictions ont suspendu les décisions italiennes de récupération. La récupération qui, conformément au Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 113 TFUE (ex article 93 CE), doit être « immédiate et effective », était toujours en cours de traitement à la fin de l'année 2009, alors que la décision ne lui laissait que quatre mois. Un recours en annulation contre la décision – finalement rejeté – a même été introduit devant le Tribunal[1943].

651. Or, l'exigence d'exécution effective et immédiate de la décision s'impose également au juge italien et se mue ainsi, selon la Commission[1944], en critère d'effectivité. Or, il est de jurisprudence constante que le juge interne ne peut sursoir à l'application du droit de l'Union que dans les conditions strictes fixées par les arrêts *Zuckerfabrick* et *Atlanta*[1945]. Parmi ces exigences figurent l'obligation de prendre en compte l'intérêt de l'Union, ainsi que d'indiquer « *les raisons pour lesquelles les juridictions de l'Union seraient amenées à constater l'invalidité de la décision* » de la Commission[1946]. Or, le juge interne, en ne respectant pas ces deux conditions, n'a pas pu légalement prendre des mesures provisoires suspendant l'ordre de récupération des aides. La République italienne, qui se prévalait de l'autorité de la chose jugée et de la sécurité juridique ne pouvait donc pas exciper de ces ordonnances l'impossibilité de récupérer l'aide d'État auprès des hôteliers en Sardaigne[1947].

652. La Cour, dans son appréciation de la suspension des ordres visant à récupérer les aides, ne fait pas explicitement référence au critère d'effectivité que doit respecter le juge interne, mais rappelle seulement que les principes de sécurité juridique et de l'autorité de la chose jugée ne peuvent « *rendre absolument impossible l'exécution de ladite décision* »[1948]. D'un point de vue procédural, une telle position de la Cour de justice n'est pas totalement incongrue, quand on sait que la Cour européenne des droits de l'homme force aussi à revenir sur l'autorité de la

---

[1943] TUE, 20 septembre 2011, *Regione autonoma della Sardegna e.a. c. Commission*, aff. jointes T-394/08, T-408/08, T-453/08 et T-454/08.
[1944] *Commission c. Italie (hôtellerie sarde)*, *op. cit.*, pt. 21.
[1945] *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.* ; *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft I*, *op. cit.*
[1946] *Commission c. Italie (hôtellerie sarde)*, *op. cit.*, pt. 53.
[1947] *Ibid.*, pt. 55. Voir aussi l'arrêt *Commission c. Italie (entreprises de Venise et Chioggia)*, *op. cit.*, pt. 44. Les faits y sont comparables, mais la République italienne avait cette fois tenté de justifier la non récupération du fait des ordonnances de suspension par le nécessaire respect d'une protection juridictionnelle appropriée, de la non-discrimination, et de la légalité de l'action administrative.
[1948] Pt. 55.

chose jugée lorsqu'il a été porté atteinte, en ce qui la concerne, aux règles du procès équitable[1949]. Or, devant la difficulté à ne pas retenir le correctif tenant à la *res judicata*, la Cour de justice s'est intéressé à la chose décidée.

B. Les vicissitudes de l'atteinte à l'autorité de la chose décidée

653. L'obligation faite à l'administration de revenir sur un acte devenu définitif a ceci de particulier qu'elle n'implique pas le juge mais atteint directement l'administration. Il est d'ailleurs remarquable que la grille de raisonnement de la Cour ne fasse pas intervenir les critères classiques de l'équivalence et d'effectivité, pas même la protection juridictionnelle effective. La question se pose alors, dans un contentieux mettant en mouvement le juge de l'Union fasse à un organe non juridictionnel d'un État membre, de son intégration dans le champ de notre étude. Or, cette jurisprudence peut passer selon les mots de L. Coutron pour de l' « hypocrisie »[1950], tant il semble clair que la Cour utilise la remise en cause de l'acte administratif pour éviter de remettre en cause la décision juridictionnelle qui a confirmé la légalité de cet acte.

654. L'affaire pilote en la matière est l'arrêt *Kühne* du 13 janvier 2004[1951]. La règle posée est claire : l'organe administratif est tenu de revenir sur une décision définitive si, premièrement, il en a la possibilité selon le droit national, deuxièmement, un arrêt insusceptible de recours est intervenu au terme duquel la décision administrative a acquis l'autorité de la chose décidée, troisièmement, cet arrêt est contraire à une décision préjudicielle postérieure de la Cour, et quatrièmement, l'intéressé a immédiatement saisi l'organe après avoir pris connaissance de la décision préjudicielle[1952]. Si ces quatre critères ne sont pas remplis, alors l'administration n'est pas obligée de revenir sur sa décision qui a acquis l'autorité de la chose décidée[1953], et faire valoir ainsi la justification corrective tenant à la sécurité juridique. C'est, en l'occurrence, ce qui s'est passé dans l'arrêt *Arcor* en 2006, où aucun recours juridictionnel – la deuxième condition – n'avait été exercé[1954]. De manière tout à fait logique, il n'est pas nécessaire que le

---

[1949] Par exemple pour défaut d'impartialité : CEDH, 12 mai 2005, *Ocalan contre Turquie,* 46221/99, ou pour impossibilité pour le requérant de participer à son procès : CEDH, 1er mars 2006, *Sejdovic contre Italie*, 56581/00.
[1950] L. COUTRON, « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE 12 février 2008, aff. C-2/06) », *RTD eur.*, 2009, p. 69.
[1951] *Kühne et Heitz*, *op. cit.*
[1952] *Ibid.*, pt. 26.
[1953] *Ibid.*, pt. 24.
[1954] *i-21 Germany et Arcor AG*, *op. cit.*, pts 69-71.

requérant ait invoqué la violation du droit de l'Union devant son juge national pour bénéficier de la jurisprudence *Kühne*[1955].

655. Cette deuxième exigence mérite l'attention. Si elle paraît conforme à la coloration objective de la procédure préjudicielle, elle ne semble pas en revanche entrer dans les canons de la jurisprudence *TWD*, par laquelle la Cour a jugé le contraire en matière de renvoi en appréciation de validité. Elle estime en effet depuis 1994 qu'un justiciable ne peut utiliser le renvoi préjudiciel pour contester la légalité d'un acte de droit dérivé, dès lors qu'il avait la possibilité d'introduire un recours en annulation devant le Tribunal et a laissé filer le délai de forclusion. Ne souhaitant pas la « *remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droits* »[1956], la Cour de justice étend la règle qui prévaut pour le recours en manquement, au cours duquel l'État ne peut exciper d'une exception d'illégalité pour se dégager de ses obligations. À l'issue de l'arrêt *Kempter*, donc, la situation est la suivante : à la forclusion du délai de recours en annulation, ni le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, ni le recours en manquement ne peuvent servir de prétexte pour remettre en question la légalité d'un acte de droit dérivé, dès lors que le justiciable avait la possibilité d'introduire un recours en annulation dans les délais. Or, en matière de renvoi préjudiciel en interprétation, il est possible de confronter un acte de droit interne au droit de l'Union alors même que la contrariété n'avait pas été soulevée devant le juge national. Il y a là une contradiction, ou du moins une différence de traitement évidente entre un droit de l'Union protégé par la sécurité juridique, et un droit interne soumis à l'exigence de légalité. Cette différence de traitement est d'autant plus regrettable que le Conseil d'État français a une jurisprudence bien plus orientée vers la légalité, depuis qu'il a ouvert la possibilité de contester une décision implicite de rejet de l'administration afin de s'émanciper du couperet propre aux délais de recours contentieux[1957]. Le refus partiellement persistant de la Cour est, en quelque sorte, le premier étage d'une antilogie qui en porte deux.

[1955] *Kempter*, *op. cit.*, pt. 44. Il suffit que, soit ledit point de droit communautaire ait été examiné par la juridiction nationale statuant en dernier ressort, soit qu'il aurait pu être soulevé d'office par celle-ci.
[1956] CJCE, 9 mars 1994, aff. C-188/92, *TWD Textilwerke*, Rec. p I-846, pt. 16.
[1957] Voir pour plus de détails l'exposé d'A. Louvaris, « Exception d'illégalité », *JCl. Administration*, Fasc. 1160, octobre 2014. Le Conseil d'État a plus particulièrement ouvert l'obligation faite à l'administration d'abroger un acte réglementaire contraire à une directive ayant procédé à une modification des circonstances de fait ou de droit, depuis l'arrêt CE, Ass., 3 février 1989, req. n° 74052, *Cie Alitalia*. La transposition manquée du raisonnement Alitalia à l'arrêt Kühne est notamment évoquée par D. SIMON, « Obligation de réexamen d'une décision administrative définitive. L'autorité d'un arrêt préjudiciel en interprétation postérieur à une décision administrative devenue définitive impose la prise en compte de la demande de retrait de celle-ci », *Europe*, mars 2004, Comm. n. 66, p. 15.

656. Ce second étage est une conséquence collatérale de l'effet rétroactif des décisions sur renvoi préjudiciel[1958]. Il est constitué par l'évitement frappant de l'autorité de la chose jugée, pour aller atteindre celle de la chose décidée. Si la première est protégée par un principe qui est à la base du système juridique national telle la sécurité juridique, c'est bien pour contourner ce rempart aux percées trop étroites que la Cour de justice permet la remise en cause d'une décision administrative. Cette décision, en effet, pour pouvoir être contestée sur le fondement du droit de l'Union doit, parmi d'autres critères, avoir fait l'objet d'un recours juridictionnel. Dénonçant une construction « artificielle »[1959] voire une « certaine hypocrisie »[1960], la doctrine a vu l'évidence dans le raisonnement de la Cour de justice[1961]. Cependant, la position de principe de la Cour de justice paraît être plus conforme avec la mission de coopération qui est la sienne dans le cadre du renvoi préjudiciel[1962], dès lors qu'elle évite de porter directement atteinte à l'autorité de la chose jugée. Cet évitement est en tout point cohérent avec la jurisprudence *Köbler* qui permet de reconnaître la responsabilité de l'État du fait des décisions juridictionnelles insusceptibles de recours, sans porter atteinte à l'autorité de la chose jugée[1963]. Pour parfaire cette cohérence donc, la Cour de justice pourrait préférer faire peser sur l'administration les exigences découlant de la primauté du droit de l'Union, et ne réserver ce fardeau aux décisions juridictionnelles entrées en force de chose jugée qu'à de très rares exceptions, comme elle le fait aujourd'hui. Cette remarque amène à la constatation que la Cour de justice pourrait renoncer à la première de ses conditions, qui est de subordonner l'obligation d'un réexamen à l'existence d'un tel pouvoir entre les mains de l'administration en droit interne. Profitant de l'absence de critères d'encadrements, puisque l'intervention de la Cour de justice se fait à l'égard de l'administration et non du pouvoir juridictionnel, l'occasion pourrait être

---

[1958] Depuis l'arrêt *Denkavit Italiana*, *op. cit.* H. TREVOR, « The Effects in National Law of Judgments of the European Court », *ELR*, 1980, pp. 366-373

[1959] Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire. Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004 », *RDUE*, 2004, n. 3, p. 566.

[1960] L. COUTRON, « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE 12 février 2008, aff. C-2/06) », *op. cit.*, p. 82.

[1961] Voir également D. KATZ, « Une autorité administrative peut être tenue de réexaminer une décision administrative définitive pour prendre en compte une interprétation postérieure de la Cour de justice », *JCP A*, n° 21, 17 Mai 2004, 1347 p. 707.

[1962] L. COUTRON, « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE 12 février 2008, aff. C-2/06) », *op. cit.*, p. 84.

[1963] *Köbler*, *op. cit.*, cet argument est soulevé par A. WARD, « Do unto others as you would have them do unto you: Willy Kempter and the duty to raise EC law in national litigation », *ELR*, 2008, p. 752. Voir aussi P.-J. WATTEL, « Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this », *op. cit.*, p. 177.

alors d'imposer à l'administration nationale le réexamen d'une décision même lorsque celle-ci est devenue définitive à l'issue de recours juridictionnels. Ceci nous paraît d'autant plus atteignable que le Conseil d'État français oblige depuis 1989 l'administration à abroger, donc sans effet rétroactif, un acte réglementaire dont la contrariété au droit communautaire est intervenue postérieurement à son adoption[1964], ce qui n'autorise finalement à l'arrêt *Kühne* qu'un apport assez faible en droit français[1965]. Ainsi, la répartition de la compétence procédurale entre la Cour et le juge national a manqué sa mission d'application uniforme du droit de l'Union dans la prise en compte des réticences – et des avancées – des juges internes. Ainsi simplifiée, la position de la Cour de justice aurait eu le mérite de désamorcer nombre de critiques à l'égard de l'atteinte portée à l'autorité de la chose jugée dans des situations de type *Lucchini*, *Olimpiclub*, ou *Hôtellerie sarde*.

[1964] CE, Ass., 3 février 1989, req. n° 74052, *Cie Alitalia.* Le Conseil d'État intègre alors les directives à sa théorie du changement de circonstances de droit ou de fait inaugurée par l'arrêt CE, 10 janvier 1930, req. n° 97263, *Despujol*, et fait même de cette obligation un principe général du droit : O. BEAUD et L. DUBOUIS, *RFDA*, 1989, p. 391 ; O. FOUQUET, *AJDA,* 1989, p. 387.

[1965] D. KATZ, « Une autorité administrative peut être tenue de réexaminer une décision administrative définitive pour prendre en compte une interprétation postérieure de la Cour de justice », *JCP A*, n° 21, 17 Mai 2004, 1347 p. 707.

Section 2 – Une préemption par débordement de la compétence procédurale

657. Parmi les modalités procédurales qui permettent à la Cour d'afficher une jurisprudence cohérente, certaines ont vu l'exercice de leur compétence pencher nettement en faveur de la Cour de justice, cette dernière s'étant appuyée sur une harmonisation parallèle d'une modalité comparable mais dans un autre domaine, ou sur le droit des États membres. Cette préemption des modalités procédurales par débordement a pu être vue lorsque le juge interne prononce des mesures provisoires dans un litige tombant dans le champ du droit de l'Union. Guidée par les règles relatives aux mesures provisoires affectant un acte du droit de l'Union, elle a su en faire bénéficier les mesures provisoires du juge national face à un acte interne mettant en œuvre le droit de l'Union (I). De même, les règles relatives à la réparation de la violation du droit de l'Union par un État membre découlent de la mise en cause de la responsabilité de ce dernier, rendue possible par la mise en cause de la responsabilité de l'Union, le droit de l'Union étant ainsi le seul fondement du droit à réparation. Il en va désormais de même pour l'excuse tenant à l'enrichissement sans cause, devenue notion autonome du droit de l'Union, la Cour ayant affiné ses modalités par l'observation du droit des États membres et de ses propres règles. La préemption par débordement a donc aussi lieu dans la préservation des intérêts économiques (II).

I – L'octroi de mesures provisoires

658. La protection juridictionnelle à laquelle les justiciables doivent pouvoir prétendre ne saurait être effective si elle n'embrassait pas sa déclinaison provisoire. Au nom du principe selon lequel « le procès ne doit pas jouer au détriment de celui qui a raison »[1966], tout système juridictionnel complet comporte des modalités procédurales permettant au justiciable de demander des mesures provisoires qui ne préjugent pas de la décision définitive de la juridiction de l'État membre saisie. Le système juridictionnel mis en place par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne n'échappe ainsi pas à cette règle inhérente à l'épanouissement d'une démocratie[1967]. Or, l'imbrication des ordres juridiques nationaux et

[1966] Rappelé par l'avocat général G. TESAURO dans ses conclusions dans l'affaire *Factortame*, *op. cit.*, sous note 9, et les références citées, doctrinales et jurisprudentielles sur le lien entre protection juridictionnelle effective et protection provisoire en droits italien, allemand et français.

[1967] Le pouvoir judiciaire, l'un des trois pouvoirs constitués dans un régime démocratique, a notamment pour fonction de garantir les droits des individus. Pour ce faire, la possibilité de consentir des mesures

européen pose d'inévitables problèmes quant à la détermination du juge compétent pour prononcer ces mesures provisoires, et suivant quelles règles. Il est constant qu'il revient au juge interne d'agir sur les actes de droit interne, et au juge de l'Union d'agir sur les actes de droit de l'Union. Or, que se passe-t-il lorsque l'acte de droit interne est un acte transposant une directive ? Que se passe-t-il encore lorsque l'acte de droit dérivé est contesté devant le juge interne ? La réponse de la Cour de justice à ces deux questions est différente (A), ce qui se justifie par une variation des exigences en fonction de la répartition des compétences (B). Dans le premier cas de figure, la Cour a en effet laissé au juge interne le soin de déterminer les modalités procédurales des mesures provisoires. Dans le second cas de figure, étant à l'origine seule compétente, elle a donné au juge national un exercice contrôlé de la compétence.

A. Les conditions d'octroi de mesures provisoires

659. Issus de traditions rétives à l'intervention du juge dans les affaires de l'administration, qu'il s'agisse de la « sovereignty of Parliament » britannique ou des lois des 16 et 24 août 1790 en France, les États membres ont dû faire face à une Cour de justice qui allait chambouler des siècles d'immunité de la puissance publique[1968]. Le cas des mesures provisoires est exemplaire de stabilité, qu'il s'agisse des mesures adoptées en cas de doute sur la validité d'un acte d'un État membre ou d'un acte de l'Union. En fonction de l'acte dont la légalité est contestée, les pouvoirs du juge interne ne sont pas les mêmes, ni encadrés de la même manière. La Cour de justice s'est en effet prononcée sur deux situations différentes : lorsque qu'un *acte de droit interne* est estimé contraire au droit de l'Union – primaire ou dérivé – le juge interne doit avoir le pouvoir de prononcer des mesures provisoires, en attendant de statuer définitivement sur la légalité de l'acte (1) ; lorsqu'un *acte de droit dérivé de l'Union* est estimé contraire à ce droit, le juge interne doit pouvoir prononcer, là aussi, des mesures provisoires, mais selon des modalités procédurales précises, car la décision définitive sur l'invalidité de l'acte relève de la compétence exclusive de la Cour de justice (2). La distinction dans le traitement entre les deux catégories d'actes est explicitement rappelée par la Cour de justice dans l'arrêt *Unibet*, rendu, faut-il le rappeler, en grande chambre[1969] :

---

provisoires permet à un de ces individus qui fait valoir ses droits dans une situation d'urgence d'en éviter une violation grave et irréparable.

[1968] Voir les propos de R. CARANTA, « Judicial protection against member states: a new jus commune takes shape », *op. cit.*, p. 708, qui cite également la loi française du 22 décembre 1789 qui, en son article 3, dispose que les administrations locales « ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire ».

[1969] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 79.

> « *l'affaire au principal est différente de celles ayant donné lieu [aux arrêts Zuckerfabrik, Atlanta et ABNA]*[1970]*, en ce que la demande de mesures provisoires d'Unibet vise à suspendre non pas les effets d'une disposition nationale prise en application d'une réglementation communautaire dont la légalité serait contestée, mais les effets d'une législation nationale dont la conformité avec le droit communautaire est contestée* ».

660. Sans revenir sur le détail de la jurisprudence traditionnelle en la matière, pour lequel le débat est éculé, il convient toutefois de rappeler l'acquis, pour mieux construire le raisonnement qui suit sur la lecture de la jurisprudence de la Cour de justice du point de vue de la subsidiarité juridictionnelle.

1. Le traitement des actes de droit interne supposés contraires au droit de l'Union

661. Dans un premier cas de figure, le juge interne, saisi d'un litige dans lequel la validité d'un acte national au regard du droit de l'Union est contestée, doit pouvoir ordonner des mesures provisoires, dont notamment le sursis à exécution. L'arrêt *Factortame* a enjoint au juge national de laisser inappliquée une disposition nationale qui l'empêche d'accorder des mesures provisoires[1971]. C'est l'attitude qu'il a adoptée à l'égard d'une modalité à caractère général : la présomption de validité de la loi britannique qui empêche le juge de prononcer des mesures provisoires. Pour ce qui sont des modalités procédurales précises, c'est-à-dire les conditions de mise en œuvre de cette protection provisoire, le juge de Luxembourg a laissé au juge interne le soin d'appliquer ses propres dispositions, appliquant une jurisprudence classique faisant la part belle à la confiance qui doit présider à la relation entre juges[1972]. Cette solution fut étendue au sursis à exécution d'un acte de droit national, et quelque soit le domaine concerné[1973]. À chaque

---

[1970] *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.* ; *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft I*, *op. cit.* ; *ABNA*, *op. cit.*

[1971] *Factortame*, *op. cit.*, pt. 21. Voir les commentaires de BONICHOT J.-C., « Le juge national et la protection du droit communautaire. Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », *RFDA*, 1990, pp. 912-920 ; CRAIG P., « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame », *YEL*, 1991, pp. 221-255 ; JOLIET R., « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Revista di Diritto europeo*, 1992, pp. 253-284 ; SIMON D., « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame* », *RMC*, 1990, pp. 591-597.

[1972] « *Selon la jurisprudence de la Cour, c'est aux juridictions nationales qu'il incombe, par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire* », *Ibid.*, pt. 19.

[1973] *Siples*, *op. cit.*, pt. 19, en matière de droits de douanes ; *Unibet*, *op. cit.*, pt. 76, en matière de libre circulation ; et *Križan e. a.*, *op. cit.*, pt. 109, en matière environnementale.

fois, la Cour fait référence à l'arrêt *Factortame* et applique fidèlement le raisonnement qui y avait été développé. Cette transversalité de la solution dégagée en 1990 montre que la question du provisoire dans le cas d'un acte contraire au droit de l'Union est une question relativement simple et la dont la régularité n'est plus à démontrer, pour le plus grand bénéfice de la sécurité juridique.

2. Le traitement des actes de droit interne pris en application du droit dérivé supposé contraire au droit de l'Union

662. Dans le cas de figure de l'affaire *Zuckerfabrik*, la Cour de justice a été confrontée à un problème tenant l'incomplétude de son système de protection des droits lorsqu'ils sont appliqués par les États membres[1974]. De plus, cette protection provisoire « *ne saurait varier, selon [que les justiciables] contestent la compatibilité de dispositions du 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* »[1975]. Par conséquent, et dans un second cas de figure, lorsqu'il est en présence d'un acte de droit dérivé de l'Union dont la validité est contestée au regard des traités à l'occasion d'un renvoi préjudiciel, le juge interne doit avoir la possibilité d'ordonner des mesures provisoires afin de garantir la protection juridictionnelle due aux justiciables. Cette « conséquence logique de l'arrêt *Factortame* »[1976] apporte des précisions sur les conditions dans lesquelles le juge national peut suspendre l'exécution d'un acte administratif ou prendre des mesures provisoires. Pour être accordées, ces mesures doivent être effectivement provisoires dans l'attente de la réponse de la Cour de justice, saisie sur un doute sérieux quant à la validité de l'acte. Elles doivent être aussi urgentes, le requérant devant être menacé d'un préjudice grave et irréparable. Le juge interne doit également prendre en compte l'intérêt de l'Union, par exemple la présence d'un risque financier[1977]. Nul doute que la Cour de justice, en donnant au juge national un pouvoir équivalent à celui dont elle dispose en matière de référé, lui confère un « pouvoir considérable

---

[1974] D. SINANIOTIS, *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, *op. cit.*, p. 51.
[1975] *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.*, pt. 20.
[1976] J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, *op. cit.*, p. 362. L'auteur n'adopte cette position que pour un temps, considérant immédiatement après que « cette filiation se rompt dès qu'est abordée la question des conditions d'exercice de cette compétence », p. 363.
[1977] *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, *op. cit.* ; *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft I*, *op. cit.*

de distanciation par rapport à la loi, le conduisant le cas échéant à la transformation de celle-ci »[1978].

663. La Cour utilise l'effectivité et la protection juridictionnelle effective de façon différente, semblant poser des conditions plus restrictives pour obtenir une protection lorsqu'est en jeu un acte de l'Union, comme le montre l'arrêt *Zuckerfabrik*, alors que lorsqu'il est question de pointer les défaillances d'un État membre, la protection des individus imposée par la Cour est bien plus solide[1979]. L'Union est-elle devenue le nouveau « roi qui ne peut mal faire », après avoir dénié ce privilège aux États membres[1980] ?

B. La variation des exigences en fonction de la distribution des compétences

664. Deux situations différentes reçoivent donc de la part de la Cour un traitement différent : le renvoi au droit national pour les mesures provisoires en présence d'un acte national potentiellement contraire au droit de l'Union (dérogation *Foto-Frost*[1981]), et l'édiction de règles uniformes précises psour les mesures provisoires en présence d'un acte de l'Union potentiellement contraire à ce droit. Cette différence de traitement entraine une variation de l'exercice de la compétence en fonction du degré de la répartition. En effet, la Cour est exclusivement compétente pour prononcer des mesures provisoires ou un sursi à exécution d'un acte issu des institutions, organes ou organismes de l'Union européenne. Elle ne l'est cependant pas à l'égard des actes de droit interne, cette compétence étant entre les mains du juge interne. Cette variation de la distribution de la compétence en fonction de la nature de l'acte contesté (1) se double d'une variation supplémentaire en fonction de l'intensité normative entre des actes de la même nature (2). Cette modulation apparaît nom pas dans le niveau des exigences de la Cour, mais dans le fondement de ces exigences, qu'il s'agisse du principe de protection juridictionnelle effective, ou de ce que la Cour nomme l' « autonomie procédurale » encadrée par l'équivalence et l'effectivité.

[1978] G. CANIVET, « Le droit communautaire et le juge national », *op. cit.*, p. 89. L'ancien premier président de la Cour de cassation analyse dans sa contribution l'émancipation du juge national par rapport à la loi, permise par le droit communautaire.
[1979] R. CARANTA, « Judicial protection against member states: a new jus commune takes shape », *op. cit.*, p. 725.
[1980] *Ibid.*, p. 725.
[1981] A. BARAV, « The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts », *op. cit.*, p. 279.

1. La variation en fonction de la nature des actes contestés

665. Les deux catégories d'actes contestés – les actes de droit interne et les actes de droit dérivé de droit de l'Union – ne sont pas traitées de la même manière. Serait-ce à dire que les arrêts *Factortame* et *Zuckerfabrik* constitueraient une « controverse »[1982] ? Et ceci parce que le juge renvoie aux règles nationales de la protection provisoire dans le premier cas et impose une communautarisation, voire une annexion[1983] des règles dans le second, mais dans les deux cas au nom de l'application uniforme du droit communautaire et de la protection juridictionnelle effective[1984] ?

666. La jurisprudence *Factortame* a également été critiquée, lors du prononcé de l'arrêt, pour sa timidité, alors que la Chambre des Lords demandait des éléments précis sur ce qu'elle devait faire : « *quels sont les critères à appliquer pour statuer sur le point de savoir s'il y a lieu d'accorder ou de refuser les mesures de protection provisoires [...] ?* »[1985]. La Cour de justice ayant simplement renvoyé à la compétence du juge interne pour décider de ces éléments, les juridictions nationales qui se sont retrouvées face à un tel cas de figure par la suite ont mis en œuvre avec des modalités procédurales très variées les mesures provisoires. Privées de critères communs pour décider du bien-fondé d'éventuelles mesures provisoires, les juridictions

---

[1982] J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, *op. cit.*, p. 363.

[1983] Le premier des deux termes est employé par D. SINANIOTIS dans son ouvrage *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, *op. cit.*, p. ??? Le second est utilisé par J. CAVALLINI dans sa thèse *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, *op. cit.*

[1984] Il faut relever cependant que l'arrêt *Factortame* ne plaçait pas le pouvoir de prendre des mesures provisoires sous l'égide du principe de protection juridictionnelle effective, mais de coopération loyale et d'efficacité du droit communautaire : *Factortame*, *op. cit.*, pts 20-21. La jurisprudence postérieure est assez changeante, la Cour se fondant parfois sur le principe de protection juridictionnelle effective, comme dans les arrêts *Siples*, *op. cit.*, pt. 17 ; et *Unibet*, *op. cit.*, pt. 72. Cependant dans l'arrêt *Križan e. a.*, *op. cit.*, elle ne fait pas référence au principe général du droit, mais, à l'inverse, nomme « l'autonomie procédurale », le droit applicable étant du droit international, en l'espèce la convention d'Aarhus.

[1985] *Factortame*, *op. cit.*, pt. 15. Voir la position critique de H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers », *RFDA*, 1992, p. 625 ; ou plus compéhensive de J.-C. BONICHOT et F. GRÉVISSE, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », *op. cit.*, p. 309. Un débat a animé la doctrine sur la question de savoir si la Cour, en créant ici une voie de droit nouvelle, était en contradiction avec sa jurisprudence *Croisière du beurre*, ou si elle avait statué dans sa continuité, l'arrêt *Croisière du beurre* étant isolé dans la jurisprudence d'une Cour qui n'hésite pas à imposer l'ouverture de voies de droit lorsque c'est nécessaire. Pour la première position, voir DONALDSON OF LYMINGTON, « Can the judiciary control acts of parliament ? », *Law Teacher*, 1991, p. 4. Pour la seconde position, voir D. SIMON et A. BARAV, « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame », *RMC*, octobre 1990, p. 596.

nationales ne peuvent alors pas offrir aux justiciables une application uniforme du droit de l'Union[1986].

667. Par ailleurs, lors de la lecture de l'arrêt *Zuckerfabrik*, on aurait pu croire que la Cour de justice avait procédé à un tel élargissement, en ne faisant pas de différence selon qu'il s'agit d'un acte national contraire au droit de l'Union ou d'un acte national d'application d'un règlement contraire au droit de l'Union. Or, la jurisprudence postérieure a bien établi une distinction entre les deux situations, pérennisant alors la jurisprudence *Factortame*. Les arrêts *Siples* en 2011 ou *Križan* en 2013 en sont des exemples probants. La persistance de la Cour dans la différentiation des deux cas de figure semble inébranlable tant elle a veillé à ne laisser naître aucun espoir : qu'il s'agisse des faits en cause, du raisonnement, ou de la solution, les affaires entrant dans le champ de la jurisprudence *Factortame* sont traitées de manière rigoureusement similaire[1987].

668. Pourtant, cette différence de traitement ne nous semble pas être une fatalité dans l'état actuel du droit de l'Union. Dans le cas des mesures provisoires « *Factortame* », c'est à dire qui sont prises par le juge national en présence d'un acte national susceptible d'être contraire au droit de l'Union, l'avocat général Mischo avait en effet appelé à ce que « les conditions d'octroi du sursis à exécution d'un acte administratif national, dégagées par la Cour dans l'arrêt *Zuckerfabrik*, soient également applicables au sursis à exécution d'une loi nationale qui violerait le droit communautaire », et ce d'autant plus que des appels à la convergence fleurissent dans un autre domaine comme celui de la responsabilité des États membres et de l'Union[1988]. En conséquence, l'arrêt *Zuckerfabrik* pourrait être étendu aux situations du type *Factortame*, de sorte que l'un serait l'approfondissement jurisprudentiel de l'autre. Du point de vue du droit dérivé, aucune avancée significative n'est à noter, qui permettrait à la Cour de justifier cette extension de sa jurisprudence. Néanmoins, en raisonnant comme elle l'a fait avec d'autres procédures – pour le paiement des intérêts moratoires par exemple – la Cour pourrait se fonder sur l'acquis de sa propre jurisprudence et sa réception réussie[1989] auprès du juge

---

[1986] C'est ce que défend D. SINANIOTIS, en donnant pour exemples des procédures nationales et des cas jurisprudentiels prouvant l'absence de toute mise en œuvre uniforme des mesures provisoires pour la sauvegarde de la légalité communautaire des actes de droit national : *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, *op. cit.*, p. 130-131.

[1987] Voir les raisonnements dans les arrêts *Factortame*, *op. cit.* ; *Siples*, *op. cit.* ; *Unibet*, *op. cit.* ; *Križan e. a.*, *op. cit.*

[1988] Voir l'ouvrage de P. AALTO, *Public Liability in EU Law. Brasserie, Bergaderm and Beyond*, *op. cit.*

[1989] R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTD eur.*, 1996, n° 1. Le professeur R. MEHDI remarque à juste titre que les États membres intervenant à la procédure dans l'affaire *Atlanta*

interne, pour franchir cette étape manquante. De plus, comme le remarque le professeur Caranta, la création de remèdes communs, ainsi que le montre la jurisprudence *Francovich* relative à la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union, n'est absolument pas limitée aux cas dans lesquels un acte illégal de l'Union est en cause[1990].

2. La variation au sein d'actes contestés de même nature

669. Au sein même des catégories d'actes contestés au regard du droit de l'Union – les actes de droit interne et les actes de droit dérivé de droit de l'Union –, la Cour de justice opère un traitement différencié. Dans la première situation, la Cour emprunte des chemins divers correspondant à l'intensité normative environnant les faits de l'espèce. Dans l'arrêt *Factortame*, elle ne tire pas le pouvoir du juge national de prendre des mesures provisoires du principe de protection juridictionnelle effective comme l'avocat général, conforté par l'expérience *Johnston*, l'avait invitée à le faire[1991], mais elle le tire des principes coopération loyale et d'efficacité du droit communautaire[1992]. La jurisprudence postérieure est assez changeante : la Cour se fonde parfois directement sur le principe de protection juridictionnelle effective, comme dans les arrêts *Siples* et *Unibet*[1993]. Dans la première affaire, la norme européenne de référence est l'article 244 du code des douanes communautaire, un domaine relevant de la compétence exclusive de l'Union. En outre, l'article visé prévoit expressément, certes pour les seules autorités douanières, la possibilité de sursoir à l'exécution d'une décision[1994]. Dans l'arrêt *Unibet*, la référence à la protection juridictionnelle effective est précédée d'un rappel des critères d'encadrement de la compétence procédurale, l'équivalence et l'effectivité de la

---

Fruchthandelsgesellschaft I, *op. cit.* n'ont pas manifesté d'opposition à l'état de droit créé par l'arrêt *Zuckerfabrik*.

[1990] R. CARANTA, « Judicial protection against member states: a new jus commune takes shape », *op. cit.*, p. 715.

[1991] Conclusions de l'avocat général G. TESAURO rendues le 17 mai 1990 dans l'affaire *Factortame*, *op. cit.* Le magistrat y considère au point 18 que « la protection provisoire a précisément pour but objectif de faire en sorte que le temps nécessaire à la vérification du droit ne finisse pas par vider irrémédiablement de son contenu le droit en question en supprimant les possibilités de l'exercer, bref, de réaliser cet objectif fondamental de tout ordre juridique qu'est le caractère *effectif de la protection juridictionnelle* ».

[1992] *Ibid.*, pts 19-21.

[1993] *Siples*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Unibet*, *op. cit.*, pt. 37.

[1994] Le fait que ce pouvoir n'est attribué qu'aux autorités douanières par le code des douanes communautaire est, à juste titre, ouvertement critiqué par le juge italien, juge de renvoi : « *Considérant qu'il paraît illogique que le recours porté devant l'autorité judiciaire n'offre pas à la partie requérante la possibilité d'obtenir une mesure provisoire que l'autorité douanière peut en revanche consentir, le Tribunale civile e penale di Genova a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante*… », *Siples*, *op. cit.*, pt. 14.

protection[1995]. Ce rappel signifie traditionnellement ce que la Cour nomme l'autonomie procédurale, et donc la subsidiarité maximale au profit du juge interne. Même si elle ne nomme pas ici cette autonomie, l'appel à la compétence de l'État membre est bien présent, ce qui atténue quelque peu la seule référence au principe général du droit de l'Union, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Siples*. Le dessaisissement maximal que nous venons d'évoquer apparaît dans une troisième affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Križan*. Ici, non seulement la Cour ne fait pas référence au principe de protection juridictionnelle effective mais, bien au contraire, elle fait explicitement appel à l' « autonomie procédurale » de l'État membre. La raison selon nous est que le droit applicable est du droit international, en l'espèce la convention d'Aarhus[1996]. Le souci dans la vérification que les conditions de l'effet direct sont bien remplies signifie en effet, selon nous, que le droit applicable n'est pas aussi intégré aux ordres juridiques des États membres que le droit primaire ou dérivé de l'Union.

II – La préservation des intérêts économiques

670. En l'absence d'un droit dérivé exigeant, certaines procédures qui ont été grandement préemptées par la Cour de justice ne se justifient que parce qu'elles sont des notions autonomes du droit de l'Union. Le droit à réparation et à la répétition de l'indu sont directement fondés sur le droit de l'Union[1997], car sans cela rien ne garantirait plus une application uniforme dans l'ensemble des États membres, pour ces procédures qui existent à la fois en droit interne et en droit de l'Union. Le droit d'obtenir une réparation lorsque l'État membre a violé le droit de l'Union est donc issue de ce droit (A), qui prévoit lui-même une réparation en cas de responsabilité propre, et la justification corrective tenant à l'enrichissement sans cause dans la répétition de l'indu peut avoir une incidence sur le budget de l'Union (B).

A. Une réparation issue du droit de l'Union

671. Il y a un parallèle évident entre l'affectation du droit de l'Union lorsque la légalité d'un acte européen est remise en cause, et lorsqu'un État membre engage sa responsabilité pour la

---

[1995] *Unibet*, *op. cit.*, pt. 82.

[1996] « *Les États membres disposent, en vertu de leur autonomie procédurale et sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité, d'une marge de manœuvre dans la mise en œuvre de l'article 9 de la convention d'Aarhus et de l'article 15 bis de la directive 96/61* », *Križan e. a.*, *op. cit.*, pt. 106. Il peut être noté par ailleurs que la présence d'une disposition issue d'une directive ne provoque pas d'effet d'entraînement de la disposition de la convention dans un mouvement d'intégration, qui aurait pu justifier de ne pas mentionner l' « autonomie procédurale ».

[1997] D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des États membres en cas de non-transposition des directives », *op. cit.*, p. 3.

violation de ce droit. Comme le dit l'avocat général Mischo dans ses conclusions dans l'affaire *Francovich*, les conditions d'octroi de dommages et intérêts doivent être identiques à celles que la Cour s'impose à elle-même, comme ce fut le cas pour les mesures provisoires dans *Zuckerfabrik*[1998]. Le parallèle peut encore être établi en ce qui concerne la définition du droit à réparation, qui dispose, comme pour les mesures provisoires, d'une notion autonome en droit de l'Union.

672. La question de la responsabilité est indissociable de celle de la qualité démocratique d'un ordre juridique, sa légitimité découlant de sa capacité à reconnaître ses erreurs, et à les réparer. Penser le contraire, c'est s'exposer à un rejet des citoyens[1999]. Le juge doit donc être pour ce faire pourvu des outils nécessaires. Dans cette démarche, la reconnaissance de la responsabilité de l'État membre pour violation du droit de l'Union est, selon une expression plus évocatrice dans sa langue d'origine, un « final potent weapon to the armoury of the national judge by the ECJ »[2000]. La responsabilité de l'État a pour cela été ouverte au fait de la loi, de l'administration, et plus tardivement des décisions juridictionnelles. Envisagée dans un article aux aspects prémonitoires par D. Blanchet en 2001[2001], la responsabilité du fait des décisions juridictionnelles apparaît, du point de vue fédéral américain, dans toute société qui aspire à un gouvernement démocratique et à un État de droit[2002]. Si l'invocabilité de réparation a déjà été étudiée en tant que dépassement de l'invocabilité directe dans la variabilité des effets du droit de l'Union, il nous revient désormais d'en étudier les modalités procédurales, celles qui permettent d'obtenir effectivement réparation, une fois l'invocabilité retenue, en ce que le mécanisme de la réparation découlant de la mise en cause de la responsabilité de l'État membre est un élément indissociable de la subsidiarité juridictionnelle[2003]. Considérant que le droit à réparation découle directement du droit de l'Union, et non pas des droits nationaux pris isolément, la Cour de justice a posé des règles uniformes pour l'ensemble du territoire de

---

[1998] Conclusions présentées le 28 mai 1991 dans l'affaire *Francovich et Bonifaci*, *op. cit.*, pt. 55. Voir aussi J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, *op. cit.*, p. 365.
[1999] P. MAGNETTE, *Contrôler l'Europe. Pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2003, p. 9 ; voir aussi pour une étude générale, F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, 1990, 500 p.
[2000] N. FENNELLY, « The National Judge as Judge of the European Union », *op. cit.*, p. 74.
[2001] D. BLANCHET, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle ? », *RTD eur.*, 2001, pp. 397-438.
[2002] P. H. SCHUCK, « Civil Liability of Judges in the United States », *Am. J. Comp. L.*, 1989, n° 37, p. 655.
[2003] F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, p. 96.

l'Union, les État membres devant alors appliquer une « norme communautaire »[2004], par un effet de *communautarisation négative* rejetant toutes les solutions nationales[2005]. Progressivement, le juge communautaire a ouvert cette nouvelle modalité procédurale, ce nouveau remède[2006] dans la galaxie des modalités saisies par la Cour de justice. Vandersanden[2007].

673. Les conditions de la réparation ont été prévues dans les arrêts *Francovich* et *Brasserie du Pêcheur.* Elles peuvent paraître strictes, mais sur certains points la Cour de justice a laissé l'exercice de la compétence procédurale au juge national au détriment d'une « lecture plus exigeante de la protection des droits des justiciables »[2008]. Trois conditions, précisées dans *Brasserie du Pêcheur* et généralisées[2009], doivent être réunies pour obtenir réparation. Premièrement, la règle violée doit conférer des droits aux particuliers, deuxièmement, la violation doit être suffisamment caractérisée, et troisièmement, il doit y avoir un lien direct de causalité entre la violation et le dommage[2010].

674. Dans ce domaine, la dynamique des compétences procédurales a joué à plein, dès lors que la Cour de justice a aligné partiellement sa jurisprudence en matière de responsabilité de l'Union sur celle des États membres pour violation du droit de l'Union. C'est l'arrêt *Bergaderm* du 4 juillet 2000 qui a procédé à ce rapprochement[2011], alors qu'il a pu être parfois appelé à ce que la Cour impose au juge interne les modalités procédurales qu'elle applique en vertu de

---

[2004] R. CARANTA, « Judicial protection against member states: a new jus commune takes shape », *op. cit.*, p. 713.
[2005] F. FINES, « Subsidiarité et responsabilité », *op. cit.*, p. 97.
[2006] P. AALTO, *Public Liability in EU Law. Brasserie, Bergaderm and Beyond*, *op. cit.*, p. 85.
[2007] G. VANDERSANDEN, « Le droit communautaire », *op. cit.*, p. 47.
[2008] D. SIMON et A. RIGAUX, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire revisitée », *op. cit.*, p. 7.
[2009] P. AALTO, *Public Liability in EU Law. Brasserie, Bergaderm and Beyond*, *op. cit.*, p. 85.
[2010] Voir *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pts 54, 55 et 65.
[2011] CJCE, 4 juillet 2000, aff. C-352/98 P, *Bergaderm et Goupil*, Rec. p. I-5291, pt. 43 : « *S'agissant de la deuxième condition, tant en ce qui concerne la responsabilité de la Communauté au titre de l'article 215 du traité que pour ce qui est de la responsabilité des États membres pour des violations du droit communautaire, le critère décisif pour considérer qu'une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée est celui de la méconnaissance manifeste et grave, par un État membre comme par une institution communautaire, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation* ». La Cour renvoie alors à l'arrêt *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pt. 55. Ainsi, c'est la deuxième condition mise en place par l'arrêt *Brasserie du Pêcheur* qui est ici reprise. Voir les développements sur ce point de P. AALTO, *Public Liability in EU Law. Brasserie, Bergaderm and Beyond*, *op. cit.*, p. 88. Voir aussi 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 ? », *op. cit.*, pp. 13-63.

l'article 340 TFUE en matière de responsabilité de l'Union[2012]. Il est difficile de ne pas y voir une manifestation de la subsidiarité inversée qui permet à la Cour de justice d'intensifier l'harmonisation des procédures[2013], dans une attitude d'imprégnation et de coopération plus que d'autoritarisme.

675. Ainsi le juge de Luxembourg a-t-il renforcé le contrôle qu'il exerce sur les modalités de la réparation. Sur les délais nationaux de prescription pour exercer un recours en indemnité, la Cour de justice s'est prononcée dans l'arrêt *Danske*. De son point de vue, trois ans est certes un délai raisonnable, mais l'incertitude qui règne du fait que ce délai n'est pas inscrit en droit positif – il ne s'agit que de l'application par analogie d'un délai initialement prévu pour le recours en indemnité en droit interne (vu que c'est une nouvelle modalité procédurale, il n'y a pas de règle nationale, c'est donc l'équivalence qui est requise) – ne permet pas une application effective du droit à réparation. De même, le fait que le point de départ du délai soit fixé, pour l'application des règles de concurrence, au moment de la commission de l'infraction, qui est par définition destinée à rester secrète, est contraire au droit de l'Union[2014]. Les États membres ont par ailleurs la possibilité de suspendre les délais de prescription en cas de recours en manquement introduit devant la Cour de justice[2015]. Cependant, le recours en manquement n'étant pas une voie incidente, mais un recours autonome, si le droit interne prévoit la suspension du délai en cas de recours incident, cette suspension ne doit pas avoir lieu en cas de recours en manquement parallèle.

676. En ce qui concerne le calcul du préjudice indemnisable, le droit procédural interne peut prévoir des règles relatives à la diligence raisonnable du requérant dans la limitation du dommage qu'il a subi[2016], sans toutefois qu'il faille exiger que tous les recours disponibles pour limiter ce préjudice soient introduits afin de pouvoir prétendre à une réparation[2017]. La forme de la réparation est laissée à la libre appréciation du juge national, dans le seul respect du critère de l'équivalence. Il peut s'agir alors d'une réparation en nature ou d'une indemnisation, le tout

---

[2012] Voir par exemple C. STEFANOU et H. XANTHAKI, « Are National Remedies the Only Way Forward? Widening the Scope of Article 215(2) of the Treaty of Rome », *op. cit.*, pp. 85-101.
[2013] F. DE PAUL TETANG, *La subsidiarité inversée en droit européen*, *op. cit.*, p. 147 et s.
[2014] *Manfredi*, *op. cit.*, pt. 78.
[2015] *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 39, cette solution étant favorablement accueillie, notamment par D. SIMON et A. RIGAUX, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire revisitée », *op. cit.*, p. 6.
[2016] *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pts 84-85, et *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pts 60-61.
[2017] *Danske Slagterier*, *op. cit.*, pt. 62 ; voir aussi en matière de violation de la limite hebdommadaire de temps de travail l'arrêt *Günter Fuss*, *op. cit.*, pt. 77.

étant qu'elle demeure adéquate au préjudice subi[2018], « *en ce sens qu'elle doit permettre de compenser intégralement les préjudices effectivement subis* »[2019]. Le particulier peut même préférer que le juge ordonne de prendre des mesures conservatoires ou le retrait d'une décision de l'administration, plutôt qu'une réparation[2020]. Toutefois, la seule application rétroactive d'une directive tardivement transposée ne saurait être considérée comme une réparation adéquate[2021]. Pour être effectivement adéquate, la réparation doit prendre en compte aussi bien le manque à gagner (*lucrum cessans*) que le dommage causé aux bien (*damnum emergens*)[2022], que le paiement d'intérêts, « *composante indispensable d'un dédommagement* »[2023]. Cependant, la Cour de justice reste incapable de déterminer les critères qui doivent être pris en compte pour évaluer le dommage subi, la Cour respectant sur ce point l'état de l'intensité normative entourant le droit à une réparation, ni le traité, ni le droit dérivé ne donnant d'éléments utiles[2024], tout au plus estime-t-elle que l'ouverture du droit à dommages et intérêts ne peut être suspendue à l'existence d'une faute de la part d'un pouvoir adjudicateur en matière de passation de marchés publics[2025].

677. En 1991, le professeur Simon écrivait, à juste titre à l'époque, que « la mise en œuvre du droit à indemnisation des victimes d'une violation du droit communautaire n'a pas fait l'objet, jusqu'à présent au moins, d'un « encadrement » jurisprudentiel comparable à celui qui a affecté les procédures de répétition de l'indu »[2026]. Force est de constater que la Cour a discrètement tracé un chemin à la réparation qui en fait aujourd'hui une modalité procédurale

---

[2018] Voir en premier lieu *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pt. 82, et *Marshall II*, *op. cit.*, pt. 26 ; ou encore *Günter Fuss*, *op. cit.*, pt. 95.
[2019] *Marshall II*, *op. cit.*, pt. 26.
[2020] *Wells*, *op. cit.*, pt 69. Il s'agissait en l'occurrence de l'application de la Directive 85/337 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et prives sur l'environnement, telle que modifiée par la Directive 2003/35.
[2021] *Palmisani / INPS*, *op. cit.*, pt. 35.
[2022] *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, *op. cit.*, pt. 87, et CJCE, 17 avril 2007, aff. C-470/03, *A. G. M.-COS.MET Srl*, Rec. p. I-2749, pts 94 et 95 ; voir pour un regard critique sur ce point L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », *RFDA*, 1996.
[2023] *Manfredi*, *op. cit.*, pt. 95 ; voir aussi, pour l'exigence des intérêts *Marshall II*, *op. cit.*, pt. 31.
[2024] En matière de passation de marchés publics, voir l'arrêt *Combinatie Spijker Infrabouw*, *op. cit.*, pts 86-89. La Cour recherche, en vain, des précisions dans les directives pertinentes, pour conclure que ni législateur ni la Cour n'ont établi des critères permettant d'évaluer le dommage résultant d'une décision administrative contraire au droit de l'Union.
[2025] *Strabag e. a.*, *op. cit.*, pt. 45.
[2026] D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ? », *in L'Europe et le Droit, mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-494, p. 489.

préemptée comme peut l'être la répétition de l'indu, et en particulier la possible justification corrective d'enrichissement sans cause.

678. Du côté du juge français, la responsabilité pour faute a été retenue par le Conseil d'État avec l'arrêt *Arizona Tobacco Products et SA Philipp Moris* en 1992, mettant un terme à sa jurisprudence *Alivar* dans laquelle il se déclarait libre de déterminer l'existence d'une responsabilité de l'État en cas de violation du droit de l'Union[2027]. Or, deux jurisprudences devaient être désormais combinées lors de l'arrêt de 1992 : le fait que toute illégalité constitue une faute, ainsi que le prescrit l'arrêt *Driancourt* en 1973, et la reconnaissance en 1989 de la primauté du droit communautaire dans l'arrêt *Nicolo*[2028]. Le Conseil d'État a donc pu ouvrir par la suite l'engagement de la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union du fait des lois en 2007 par l'arrêt *Gardedieu*[2029]. Ce mouvement pouvait être vu comme naturel pour le Conseil d'État, étant entendu que la responsabilité du fait des lois a été reconnue par le juge administratif dès l'arrêt *La Fleurette* en 1938[2030], alors qu'il ne l'était pas en 1991 dans les autres États européens lors de l'arrêt *Francovich*[2031]. Or, au stade de la réparation, si le Conseil d'État satisfait dans l'ensemble aux exigences de la jurisprudence de la Cour de justice, cette règle ne s'applique pas en cas de faute de l'État du fait des lois, car la violation caractérisée alors requise empêche toute réparation intégrale[2032]. Les failles de cette jurisprudence ne se retrouvent pas dans celle ayant trait au refus de répétition de l'indu en cas de risque d'enrichissement sans cause.

[2027] CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philipp Moris France,* Leb. p. 78, et CE, Ass., 23 mars 1984, *Ministre du commerce extérieur contre Société Alivar*, Leb. p. 127. Voir J. SIRINELLI, *La transformation du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 520 sous note 145.

[2028] CE, 26 janvier 1973, req. n. 84768, *Ville de Paris contre Driancourt* ; et CE, Ass., 20 octobre 1989, req. n. 108243, *Nicolo*.

[2029] CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardedieu*, Rec. CE 2007, p. 78 ; D. POUYAUD, *RFDA*, 2007, p. 525, ; M. CANEDO-PARIS, *RFDA*, 2007, p. 789; P. CASSIA, *AJDA*, 2007, p. 1097 ; M. GAUTIER et F. MELLERAY, *Dr. adm*., 2007, comm. 50 ; B. PLESSIX, *JCP G,* 2007, I, 166 ; F. POIRAT, *RGDIP,* 2007, p. 488 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ*., 2007, p. 297 ; LEMAIRE, *RTDH,* 2007, p. 907.

[2030] CE, Ass., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers « La Fleurette »*, P. LAROQUE, *S*., 1938, 3, p. 25 ; ROLLAND, *DP*, 1938, 3, p. 41,; G. JÈZE, *RDP*, 1938, p. 87

[2031] C. BROYELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Paris, LGDJ, 2003, p. 18.

[2032] Voir pour les développements sur cette question la thèse de J. SIRINELLI, *La transformation du droit administratif par le droit de l'Union européenne*, *op. cit*., p. 526-528.

B. Une justification tenant à l'enrichissement sans cause liée aux intérêts financiers de l'Union

679. Aujourd'hui, il est acquis 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 » de telles taxes[2033]. Cette obligation, devenue explicite dans l'arrêt *San Giorgio* en 1983, ne l'était pas autant en 1980 lors du prononcé de l'arrêt *Hans Just*. À ce moment-là, les termes de l'obligation qui pèse sur le juge interne sont issus des arrêts *Rewe* et *Comet* en 1976, qui postulent que « par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, il incombe aux juridictions des États membres d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct des dispositions du droit communautaire »[2034]. C'est dans ce cadre que la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu aux États membres la possibilité d'invoquer le risque d'enrichissement sans cause pour refuser la répétition de l'indu. Cette possibilité est une exception, une justification corrective, comme la Cour le rappelle de façon explicite[2035], et c'est même encore à ce jour la seule[2036]. Ainsi, comme toute exception, elle doit être interprétée de manière restrictive[2037], et la Cour encadre très fermement les modalités procédurales internes qui permettent de ne pas rembourser un droit qu'il n'aurait pas dû percevoir, notamment sur la définition même de l'enrichissement sans cause (1). La Cour impose aussi au juge interne une analyse économique approfondie, au-delà des présomptions simples, voire simplistes, qui envisagent un enrichissement systématique dès lors qu'il y a eu répercussion. L'analyse économique qui en découle, et qui est mise à la charge du juge interne, se double ainsi d'un renversement de la charge de la preuve de l'enrichissement au détriment de l'État membre, mais au bénéfice de la protection juridique des personnes (2).

[2033] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 12 ; *Barra*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Soupergaz*, *op. cit.*, pt. 40 ; *Comateb*, *op. cit.*, pt. 20 ; CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-242/95, *GT-Link*, Rec. p. I-4453, pt. 58 ; *Texaco*, *op. cit.*, pts 40 et 45 ; *Fantask*, *op. cit.*, pt. 38 ; *IN.CO.GE*, *op. cit.*, pt. 24 ; *Dilexport*, *op. cit.*, pt. 23 ; *Metallgesellschaft Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, *op. cit.*, pt. 84 ; *Marks & Spencer (I)*, *op. cit.*, pt. 30 ; *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 93 ; *Test Claimants in the FII Group Litigation*, *op. cit.*, pt. 202 ; *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, *op. cit.*, pt. 110 ; *Marks & Spencer (II)*, *op. cit.*, pt. 35 ; CJCE, 28 janvier 2010, aff. C-264/08, *Direct Parcel Distribution Belgium*, Rec. p. I-731, pt. 45 ; *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Accor SA*, *op. cit.*, pt. 71 ; *Danfoss*, *op. cit.*, pt. 20.

[2034] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 25. La Cour fait directement référence aux arrêts *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, *op. cit.* ; et *Comet BV*, *op. cit.*

[2035] Par exemple : *Comateb*, *op. cit.*, pt. 21.

[2036] « *Cette obligation ne connaît, selon cette jurisprudence, qu'une seule exception* » : *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 94.

[2037] *Ibid.*, pt. 95 ; *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 20 ; *Accor SA*, *op. cit.*, pt. 73.

1. La définition de l'enrichissement sans cause

680. La prise en compte de cette réalité économique par le juge national a failli connaître un sort identique à celui du paiement des intérêts en matière de répétition de l'indu, et être considérée comme une simple question accessoire. Si la Cour s'est en effet d'abord aventurée dans la voie de la retenue[2038], elle s'est rapidement intéressée à cette technique, qui a pour effet en définitive de permettre à un opérateur économique de bénéficier frauduleusement deux fois de la rente économique de la taxe, ce qui pourrait constituer une aide illégale. L'étendue de l'encadrement se manifeste par la transversalité de l'interprétation de la Cour, qu'il s'agisse de taxes illégales, d'aides incompatibles avec le marché intérieur, ou de la réparation pour violation des règles de concurrence. La force de cet encadrement est d'avoir réussi à imposer une grille d'analyse uniforme dans tous ces domaines, qui peuvent alors être étudiés ensemble. L'examen de l'ouvrage jurisprudentiel portera alors sur la définition générale de l'enrichissement sans cause (a), et sur les facteurs permettant de déceler un tel risque (b).

a. Définition générale

681. L'enrichissement sans cause a d'abord été posé par la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre d'un recours en responsabilité contre la Communauté pour suppression de restitutions en matière agricole[2039]. La Cour reconnaît alors implicitement l'argumentation du Conseil et de la Commission qui tend à minorer le montant des réparations au motif que le producteur aurait répercuté le coût issu de la suppression des restitutions auxquelles il avait droit. En l'espèce, le producteur ayant démontré au cours des débats qu'il n'avait pas répercuté l'absence de restitutions sur le prix de son produit, la Cour de justice estime qu'il n'y a pas de risque d'enrichissement sans cause[2040]. L'un des arguments du producteur était notamment que la concurrence exercée dans son secteur l'aurait obligé à vendre à perte afin d'éviter de perdre des parts de marchés en cas d'augmentation de ses prix.

[2038] *Express Dairy Foods*, *op. cit.*, pt. 14., alors que la Cour vise expressément l'arrêt *Denkavit Italiana*, *op. cit.*, qui lui ne considère pas la question de la prise en compte de l'enrichissement sans cause comme une question accessoire.

[2039] Il faut noter toutefois que l'enrichissement sans cause n'était pas inconnu par à la Cour, qui l'avait reconnu dans le cadre d'un recours en annulation initié par un fonctionnaire de la Commission, CJCE, 11 juillet 1968, aff. 35/67, *Danvin contre Commission*, Rec. p. 464. Il ne s'agissait pas dans cette affaire, par nature, de l'encadrement de la compétence procédurale nationale, seules les institutions de la Communauté entrant en jeu dans le recours en annulation devant la Cour de justice.

[2040] *Ireks-Arkady contre Conseil et Commission*, *op. cit.*, pts 14-17.

682. Depuis lors, l'interdiction de l'enrichissement sans cause est devenue une « idée incontestable »[2041], et une notion autonome du droit de l'Union. L'enrichissement sans cause a lieu « *uniquement dans l'hypothèse où les montants indûment versés par un assujetti en vertu d'une taxe perçue dans un État membre en violation du droit de l'Union ont été répercutés directement sur l'acheteur* »[2042]. La définition n'est pas vraiment régulière, car la Cour dit également qu'il y a enrichissement sans cause lorsque qu' « *il est établi que la personne astreinte au paiement de ces droits les a effectivement répercutés sur d'autres sujets* »[2043]. Sur le fond, les différences de terminologie importent peu, la Cour ne faisant pas varier son contrôle en fonction des définitions qu'elle donne. Il faut relever en effet que ces deux définitions ne sont pas fondamentalement différentes, mais seulement adaptées au cas d'espèce. Dans tous les cas, la répercussion a lieu dès lors que l'assujetti a intégré le montant de la taxe dans les prix qu'il pratique[2044]. Par exemple, dans l'affaire *Denkavit italiana*, la société requérante devant le juge national, qui importe du lait et des produits dérivés en Italie, avait dû acquitter un montant conséquent au titre de taxes sanitaires à l'importation. Ces droits ayant été considérés comme des taxes d'effet équivalent à un droit de douane par le tribunal de Milan, ce dernier a ordonné le remboursement de presque 3 000 000 de lires. Or, il semblerait que la société Denkavit italiana a intégré le montant de ces taxes dans le prix de vente du lait et de ses produits dérivés, de sorte qu'elle n'a pas eu à subir leurs effets sur sa marge de bénéfice. La Cour de justice estime que « *rien ne s'oppose donc, du point de vue du droit national, du fait que des taxes indument perçues ont pu être incorporées dans les prix de l'entreprise redevable de la taxe et répercutées sur les acheteurs* »[2045]. Les juges précisent cette notion, les États membres usant de subterfuges variés pour convaincre de l'existence d'un enrichissement sans cause et donc éviter le remboursement à l'assujetti. Ils ont ainsi précisé que le fait que l'État, en contrepartie

---

[2041] Au point 5 de ses conclusions rendues le 27 septembre 1983 dans l'affaire *San Giorgio*, *op. cit.*, l'avocat général G. F. Mancini écrit qu'il s'agit d'une « idée incontestable en soi ».

[2042] *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 26. Le caractère autonome de la notion est confirmé, outre par la présence d'une définition propre dégagée par la Cour, par le libellé de la question préjudicielle dans l'affaire précitée, pt. 15 : « *la notion communautaire d'enrichissement sans cause doit-elle être interprétée en ce sens que*… ». La reformulation par la Cour au point 16 de la question n'inclut cependant pas cet élément. Voir également *Danfoss*, *op. cit.*, pt. 21.

[2043] *Comateb*, *op. cit.*, pt. 21 ; *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 94 ; *Accor SA*, *op. cit.*, pt. 72.

[2044] Voir, déjà, l'arrêt *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26 ; voir également pour un exemple plus contemporain *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 21.

[2045] *Denkavit Italiana*, *op. cit.*, pt. 26.

de l'instauration de la taxe contraire au droit de l'Union supprime d'autres taxes d'un montant équivalent, n'est pas de nature à faire disparaître l'enrichissement sans cause[2046].

683. La définition générale de l'enrichissement sans cause vaut aussi bien en présence d'une taxe d'effet équivalent à un droit de douane[2047], d'une imposition intérieure discriminatoire ou protectrice[2048], d'un prélèvement par l'État membre au titre d'un règlement communautaire déclaré illégal[2049], d'une pratique interdite par les règles de concurrence des articles 101 et 102 TFUE[2050], du paiement indu de la TVA intracommunautaire[2051], d'une mesure constituant une entrave à la libre circulation des capitaux[2052], d'une aide d'État devant être restituée[2053], que d'une aide de l'Union illégale[2054].

684. Le cas du remboursement des aides d'État se distingue quelque peu des autres cas de prise en compte de l'enrichissement sans cause. En effet, l'opérateur économique ayant reçu une aide de la part de l'État membre, il va devoir tenter de convaincre que l'enrichissement suite au versement de l'aide a disparu, afin de ne pas avoir à rembourser la somme illégalement

---

[2046] *Lady & Kid*, *op. cit.*, pt. 22. Le Royaume du Danemark avait, en contrepartie de l'introduction d'une taxe patronale, supprimé une série de charges sociales patronales. Au point 24, la Cour estime qu' « *une telle suppression relève de choix opérés par l'État membre dans le domaine de la fiscalité, qui sont l'expression de sa politique générale en matière économique et sociale. De tels choix peuvent emporter les conséquences les plus diverses qui, indépendamment des difficultés qu'il peut y avoir à déterminer si et dans quelle mesure une taxe a réellement remplacé purement et simplement une autre, s'opposent à ce que le remboursement d'une taxe illégale dans un tel contexte puisse être regardé comme constitutif d'un enrichissement sans cause* ».

[2047] Outre l'affaire *Denkavit italiana*, peut être citée l'affaire *Michaïlidis AE*, *op. cit.*, pt. 31.

[2048] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26.

[2049] Voir par exemple l'arrêt *Express Dairy Foods*, *op. cit.*, rendu après l'annulation par la Cour de justice, dans l'arrêt CJCE, 3 mai 1978, *Milac/HZA Saarbrücken*, aff. 131/77, Rec. p. 1041, du règlement CEE n° 539/75 de la Commission du 28 février 1975, qui établissait des montants compensatoires monétaires applicables aux échanges de lactosérum en poudre. Voir aussi l'arrêt plus ancien *Ireks-Arkady contre Conseil et Commission*, *op. cit.*, pt. 14, sans toutefois que la Cour se prononce clairement sur le sujet.

[2050] *Courage et Crehan*, *op. cit.*, pt. 30 ; *Manfredi*, *op. cit.*, pt. 94.

[2051] *Reemstma Cigarettenfabriken*, *op. cit.*, pt. 41. Il s'agit cependant ici d'une déduction que nous faisons de cet arrêt, dans lequel la Cour demande à l'État membre d'accueillir une demande de la part de l'acheteur final, ici un preneur de service à qui la taxe a été facturée par le fournisseur, tendant à la restitution de montant indument acquitté. Par raisonnement *a contrario*, nous pouvons comprendre que la Cour n'exigerait pas cela de la part de l'État membre si la taxe n'avait pas été effectivement facturée au preneur de service, car il y aurait un risque d'enrichissement sans cause.

[2052] *Accor SA*, *op. cit.*, pt. 71.

[2053] CJCE, 20 mars 1997, aff. C-24/95, *Alcan Deutschland*, Rec. p. I-1591, pt. 54.

[2054] *Deutsche Milchkontor*, *op. cit.*, pt. 33 ; *Oelmühle*, *op. cit.*, pt. 31. Dans cette dernière affaire, la Cour exige néanmoins la réunion de quatre conditions : d'abord, le bénéficiaire de l'aide doit être de bonne foi, et les conditions prévues doivent être les mêmes que pour la récupération de prestations financières purement nationales ; enfin, le bénéficiaire doit avoir transféré le bénéfice de l'aide en payant le prix indicatif prévu par le droit de l'Union, et un éventuel recours à l'encontre des fournisseurs pour récupérer le trop payé doit être dénué de toute utilité (pt. 38).

perçue. Dans l'application du critère de la disparition ou non de l'enrichissement, la législation doit prendre « *pleinement* » en considération l'intérêt de l'Union, et ne pas être discriminatoire par rapport à la « *récupération des prestations financières purement nationales* »[2055]. Néanmoins, la Cour de justice a estimé dans l'arrêt *Alcan Deutschland* que la spécificité des aides d'État, octroyées en général à une entreprise en difficulté, fait que la disparition de l'enrichissement est plutôt la règle que l'exception. Du point de vue comptable en effet, le bilan « *ne fait plus apparaître, lors de la récupération, la plus-value résultant incontestablement de l'aide* »[2056]. De ce fait, l'opérateur économique brandira facilement la disparition de l'enrichissement, alors que l'aide qu'il a perçue a pu lui permettre par exemple de se maintenir artificiellement sur un marché. Par conséquent, l'administration de l'État membre a l'obligation de récupérer l'aide illégale, nonobstant l'existence en droit interne de règles prohibant cette récupération lorsque l'enrichissement a disparu.

685. Dans tous ces domaines matériels, le montant de la taxe peut n'avoir été que partiellement répercuté. Dans ce cas, le remboursement doit logiquement être partiel[2057]. Des questions peuvent alors se poser, à l'avenir, sur l'évaluation du montant du remboursement partiel. Comment, pour le juge national, évaluer la part répercutée sur l'acheteur final ? Cette opération est rendue plus délicate encore par la volonté de la Cour de justice d'obliger le juge interne à prendre en compte des facteurs plus étendus dans son analyse économique[2058].

b. Les facteurs de l'enrichissement sans cause

686. Aujourd'hui, la Cour impose au juge national une analyse économique approfondie de la situation. Lorsqu'un justiciable s'est acquitté d'une taxe en violation du droit de l'Union européenne, le fait que cette taxe ait été ensuite répercutée sur le prix de vente des biens ou des services ne suffit pas à justifier le refus de l'État à reverser le montant indument perçu. La définition générale de l'enrichissement sans cause se double d'une nécessaire prise en considération de la réalité économique.

687. Si la taxe n'a pas été répercutée, alors son montant doit être simplement restitué au justiciable. Si, au contraire, elle a été intégrée par le vendeur au prix de ses produits, le juge

---

[2055] *Alcan Deutschland*, *op. cit.*, pt. 26.
[2056] *Ibid.*, pt. 51.
[2057] *Comateb*, *op. cit.*, pts 27 et 28 ; *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 94.
[2058] La Cour dit à ce sujet que « *l'existence et la mesure de l'enrichissement sans cause que le remboursement d'une imposition indûment perçue au regard du droit communautaire engendrerait pour un assujetti ne pourront être établies qu'au terme d'une analyse économique qui tienne compte de toutes les circonstances pertinentes* » (nous soulignons) : *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 100.

doit rechercher si le demandeur n'a pas subi, du fait de l'augmentation du prix de ses produits, une baisse des ventes[2059]. Dans la négative, alors le montant de la taxe peut ne pas être remboursé. Dans l'affirmative, il convient de déterminer quelle perte le demandeur a subie en termes de volume des ventes. Le remboursement du montant de la taxe sera fonction de cette conclusion. Il convient d'ajouter à ce propos que le préjudice subi du fait de la diminution du volume des ventes ne doit pas être réparé par la voie de la réparation au sens de la jurisprudence *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, mais par la voie classique de la répétition de l'indu. L'absence d'enrichissement sans cause découlant de l'impact de la taxe sur les ventes doit donc permettre un remboursement simple et rapide par l'administration fiscale. En revanche, une action en réparation peut être exercée en complément[2060].

688. Par ailleurs, outre la diminution du volume des ventes, le juge interne peut être aussi amené à prendre en compte le fait que, selon le caractère du marché, une répercussion serait plus ou moins probable. Ce facteur aidant à la recherche d'un risque d'enrichissement sans cause en cas de remboursement de tout ou partie de la taxe a été requis par la Cour d'abord dans l'arrêt *Bianco et Girard* en 1988[2061]. Dans cette affaire, le Royaume-Uni défendait l'idée selon laquelle dans un marché réglementé, « *les opérateurs économiques n'auraient pratiquement aucune liberté pour répercuter la taxe sur les acheteurs* ». Pensait-il alors au cas de la France qui, en interdisant la vente à perte, oblige de fait à répercuter la taxe sur le prix du produit ? La Cour de justice se garde alors bien de dire si la France est une économie de marché libre, tout juste s'autorise-t-elle à dire que la répercussion peut avoir lieu aussi dans « *d'autres types de marché* », et que de toute façon il est « *pratiquement impossible de déterminer la part respective de leur influence effective sur la répercussion* ». Pour le juge interne, une analyse économique approfondie s'impose alors, en tenant compte des « *nombreux facteurs qui déterminent la stratégie commerciale* » d'un opérateur économique[2062].

[2059] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26 ; *Comateb*, *op. cit.*, pt. 30. Dans cette dernière affaire, a propos de l'octroi de mer, la Cour ajoute au point 32 que « *l'opérateur pourrait légitimement prétendre que, nonobstant la répercussion de la taxe sur l'acheteur, l'inclusion de la taxe dans le prix de revient, provoquant la majoration du prix des produits et une diminution du volume des ventes, a entraîné un préjudicie excluant, en tout ou partie, l'enrichissement sans cause qui, autrement, serait provoqué par le remboursement* ». Voir également les arrêts *Michaïlidis AE*, *op. cit.*, pt. 35 ; *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pt. 99.

[2060] Voir les affirmations de la Cour dans l'arrêt *Comateb*, *op. cit.*, pt. 34.

[2061] *Bianco et Girard*, *op. cit.*, pt. 20.

[2062] *Ibid.*, pts 18 et 19.

689. En définitive, le juge interne, s'il n'avait que la *possibilité* lorsque le droit interne le prévoyait de tenir compte de la baisse des ventes[2063], il en a désormais l'*obligation*[2064]. Cette exigence nouvelle traduit une réalité économique complexe qui fait que rembourser une taxe qui aurait été répercutée en aval sur l'acheteur n'entraîne pas *ipso facto* un enrichissement sans cause, enrichissement qui peut avoir disparu du fait de plusieurs facteurs : la structure du marché, les stratégies commerciales, la réaction des acheteurs, mais aussi, comme nous pouvons l'imaginer, la perte d'opportunités de ventes, au-delà de leur simple diminution. Cette complexité de rapporter la preuve de l'enrichissement sans cause a poussé le juge de Luxembourg à refuser qu'un État fasse peser systématiquement sur le contribuable la charge de prouver le contraire, en établissant une présomption de répercussion.

2. La charge de la preuve

690. Une fois qu'il est admis que la taxe, l'aide ou toute autre mesure nationale est contraire au droit de l'Union, les modalités de preuve varient d'un État membre à l'autre. Il arrive notamment fréquemment qu'une présomption de répercussion de la taxe soit posée par la législation interne, de sorte que la charge de prouver le contraire repose sur l'opérateur économique. Sur ce point donc, la Cour de justice a une jurisprudence exigeante, en interdisant dès 1983 à l'État membre une telle présomption[2065], même si le droit national impose à l'assujetti de répercuter le coût d'une taxe sur le prix de ses produits ou services[2066]. L'affaire *Comateb* du 14 janvier 1997, dans laquelle la Cour était saisie d'une question préjudicielle par le tribunal d'instance de Paris est, en ce sens, topique. Les modalités de la répétition de l'indu y forment la question centrale, au lendemain de l'arrêt *Legros* qui déclarait un droit tel que l'octroi de mer comme étant une taxe d'effet équivalent à un droit de douane à l'importation. Vingt sept entreprises exportant des marchandises vers la Guadeloupe réclamaient en effet à l'administration des douanes et droits indirects le remboursement de l'octroi de mer perçu pendant la période d'illégalité. Or, l'interdiction de revente à perte, bien connue en droit français[2067], rendait obligatoire pour les sociétés requérantes devant le juge de renvoi

---

[2063] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26 ; *Comateb*, *op. cit.*, pt. 35 ; *Michaïlidis AE*, *op. cit.*, pt. 35.

[2064] *Weber's Wine World e. a.*, *op. cit.*, pts 99 à 101. La Cour de cassation en a d'ailleurs tiré la conclusion, dans l'arrêt Cass. *com.*, 23 mai 2006, pourvoi n. 04-17765, *Comateb*, Non publié au Bulletin, en annulant un arrêt de la cour d'appel de Paris car il ne se fondait que sur le facteur de la répercussion pour prouver l'enrichissement sans cause en cas de remboursement de la taxe.

[2065] *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 14.

[2066] *Bianco et Girard*, *op. cit.*, pt. 17.

[2067] La revente à perte était prévue par l'article 1er de la loi de finances rectificative pour 1963 du 2 juillet 1963 : « Est interdite la revente de tout produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif

l'augmentation des prix à concurrence du montant de l'octroi de mer. Cette obligation doit être combinée avec le fait qu'en présence d'une répercussion sur les acheteurs, le code des douanes français interdit la répétition de l'indu[2068]. Ainsi, pour le juge interne, cette réglementation « *a créé les conditions de la répercussion – et donc du non-remboursement* »[2069]. La prise en compte d'un enrichissement sans cause pour refuser le remboursement de la taxe ne pose à ce propos pas de problème à l'égard du droit communautaire, qui accepte cette exception au principe de la répétition de l'indu depuis 1980 et l'arrêt *Hans Just*[2070]. Le point litigieux repose sur la présomption de répercussion établie par le directeur des douanes, conséquence de l'interdiction de la revente à perte.

691. Or, pour la Cour, les choses sont bien plus complexes que ce que l'administration veut croire. Ainsi qu'elle l'avait déjà évoqué dans l'arrêt *Bianco et Girard* en 1988, « *la répercussion effective, partielle ou totale, dépend de plusieurs facteurs qui entourent chaque transaction commerciale et la différencient d'autres cas situés dans d'autres contextes* »[2071]. Par exemple, le vendeur peut ne pas avoir eu besoin de répercuter la taxe pour respecter l'interdiction de revente à perte, en préférant à la place diminuer sa marge bénéficiaire[2072], la répercussion effective peut avoir eu pour effet une baisse du volume des ventes[2073], ou encore la nature plus ou moins concurrentielle du marché en cause peut avoir empêché ou restreint une éventuelle répercussion[2074]. Présumer que la taxe a été répercutée, soit parce que c'est la fonction inhérente d'un droit indirect qui a vocation à être supporté *in fine* par le consommateur final, soit parce que la réglementation interne oblige le contribuable à incorporer la taxe dans le prix[2075], est donc contraire au droit de l'Union.

---

majoré des taxes sur le chiffre d'affaires afférentes à cette revente », modifié par l'article 32 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui ajoute au calcul du prix effectif les « taxes spécifiques afférentes à cette revente ». Elle est aujourd'hui codifiée à l'article L442-2 du code de commerce : « Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende ».

[2068] Article 352 bis du code des douanes, inchangé depuis l'époque des faits : « Lorsqu'une personne a indûment acquitté des droits et taxes nationaux recouvrés selon les procédures du présent code, elle peut en obtenir le remboursement, à moins que les droits et taxes n'aient été répercutés sur l'acheteur ».

[2069] *Comateb*, *op. cit.*, pt. 8.

[2070] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*

[2071] *Bianco et Girard*, *op. cit.*, pt. 17 ; *Comateb*, *op. cit.*, pt. 25. Déjà dans l'arrêt *San Giorgio*, *op. cit.*, pt. 15., la Cour de justice évoquait une « incertitude », inhérente à la fixation d'un prix dans une économie de marché, qui ne peut être mise à la charge systématiquement de l'assujetti.

[2072] Ainsi que le suggère l'avocat général Tesauro au point 8 de ses conclusions rendues dans l'affaire *Comateb*, *op. cit.*

[2073] *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, *op. cit.*, pt. 26 ; *Comateb*, *op. cit.*, pt. 30.

[2074] *Bianco et Girard*, *op. cit.*, pt. 20.

[2075] *Comateb*, *op. cit.*, pt. 26.

692. L'on pourrait alors s'interroger sur la persistance de l'administration française à vouloir suivre en 1997 une présomption qui a pourtant été déclarée contraire au droit communautaire par la Cour de justice dès 1988. L'arrêt *Bianco et Girard* concernait en effet cette même présomption légale, et la Cour y énonçait la même interdiction que dans l'arrêt *Comateb*. Cette insistance est d'autant plus patente que la Cour de cassation s'est appliquée, dès l'arrêt *Bianco et Girard*, à respecter scrupuleusement les exigences de la Cour de justice[2076]. Ainsi, après la réponse de la Cour de justice, les juges du Quai de l'Horloge ont fait une application fidèle de la solution dégagée par la Cour de justice. Par la suite, la juridiction de l'ordre judiciaire a apporté des éléments nouveaux venant s'ajouter à la solution *Bianco et Girard*. Ainsi, le fait que le juge réclame une expertise à la demande de l'administration fiscale revient à préserver la charge de la preuve sur ladite administration, qui devait démontrer la répercussion effective[2077]. L'arrêt rendu par la chambre mixte avait d'ailleurs déjà dit que lorsque le demandeur n'est pas en mesure de se procurer toutes les preuves nécessaires, il peut en faire la demande auprès du juge, qui doit procéder à une expertise[2078]. Elle confirme que la charge de la preuve ne peut certes reposer sur l'assujetti conformément aux prescriptions de la Cour de justice, mais que le juge interne reste compétent pour déterminer si oui ou non, dans le cas d'espèce, il y a eu répercussion[2079]. Au surplus, l'administration des douanes avait ici la charge de prouver qu'il y avait eu répercussion[2080], ce qu'elle a fait. La preuve contraire devait être apportée par l'assujetti, et ce toujours conformément à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, qui impose que la charge de la preuve de la répercussion échoie d'abord à

[2076] Voir par exemple l'arrêt Cass. *com*., 22 novembre 1988, pourvoi n. 83-17380, *Les fils de Jules X*., *Bull*. 1988 IV n. 315 p. 211, rendu suite à la réponse de la Cour de justice dans cette affaire. Voir aussi les arrêts Cass. *com*., 23 novembre 1993, pourvoi n. 91-18792, *Barton et Guestier*, *Bull*. 1993 IV n. 423 p. 306 ; Cass. *com*., 1er mars 1994, pourvois nos. 91-16751 91-16800, *Mumm*, *Bull*. 1994 IV n. 89 Cass. *com*., 29 mars 1994, pourvoi n. 91-22334, *UDG France*, *Bull*. 1994 IV n. 130 p. 100 ; Cass. *com*., 8 juillet 1997, pourvoi n. 95-15087, *Versele Laga Centre*, *Bull*. 1997 IV n. 223 p. 193.

[2077] Cass. *com*., 23 novembre 1993, pourvoi n. 91-18792, *Barton et Guestier*, *Bull*. 1993 IV n. 423 p. 306 ; et Cass. *com*., 8 octobre 2002, pourvoi n. 99-16879, *La Redoute France*, *Bull*. 2002 IV n. 141 p. 159, cette seconde affaire étant une part de l'affaire Lancry portée devant la Cour de justice, et qui a donné naissance à un arrêt retentissant en matière de taxe d'effet équivalent à un droit de douane, et à la délimitation des situations purement internes : CJCE, 9 août 1994, aff. jointes C-363/93, et C-407/93 à C-411/93, *Lancry*, Rec. p. I-3978.

[2078] Ch. mixte, 6 juillet 1984, pourvoi n. 80-12965, *Fondation Carl Zeiss*, Bull. 1984, Ch. mixte, n° 1

[2079] Les dispositions de l'article 13 V de la loi du 30 décembre 1980 qui attribuent la charge de la preuve à l'assujetti ne sont pas applicables car non conformes à la jurisprudence de la Cour de justice, mais ses dispositions relatives aux pouvoirs du juge interne dans l'appréciation de la réalité de la répercussion, elles, sont tout à fait applicables. Cette loi sera plus tard transposée dans le code général des impôts à l'article 1965 FA.

[2080] Art. 336-2 du code des douanes, à propos des procès verbaux de douanes : « Ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire de l'exactitude et de la sincérité des aveux et déclarations qu'ils rapportent ».

l'administration fiscale. Cela n'interdit donc pas que la preuve contraire dusse être rapportée ensuite par l'assujetti.

693. Il faut retenir également que la Cour de cassation, sans le dire, fait application du critère de l'équivalence. Le premier moyen comportait la contestation du choix des délais de recours pour réclamer la restitution de la taxe illégale. Alors que le juge d'appel avait fondé la détermination du délai sur l'article R* 196-1 du livre des procédures fiscales, qui le fait courir jusqu'au 31 décembre de l'année suivante[2081], le juge de cassation lui préfère la prescription trentenaire de droit commun pour les demandes en répétition de l'indu[2082]. Dans l'arrêt *Bianco et Girard*, la Cour de justice avait par ailleurs estimé que l'existence d'une obligation légale de répercuter une taxe n'était pas suffisante pour poser une présomption de répercussion. La Cour de cassation, dans l'arrêt *Versée Laga Centre* fait application de cet élément, et affirme ainsi que la charge de la preuve ne peut incomber à l'assujetti, contrairement à ce que prévoit le droit interne[2083]. Cet arrêt a été rendu tout juste un mois après l'arrêt *Comateb* de la Cour de justice, sur renvoi justement du tribunal d'instance de Paris, et dans lequel il a été jugé que l'absence de présomption de la répercussion vaut même « lorsque le contribuable a été obligé, par la législation applicable, d'incorporer la taxe dans le prix de revient du produit concerné »[2084]. La facilité avec laquelle la Cour de cassation intègre la jurisprudence de la Cour de justice n'a rien de surprenant, quand on sait qu'elle avait elle-même reconnu l'interdiction de l'enrichissement sans cause comme un principe général en droit privé depuis[2085]. Le juge judiciaire a même précisé que ce n'est pas qu'un principe de droit privé, mais « un principe général de Droit »[2086]. Malgré cela, l'administration s'est obstinée à faire peser la charge de la preuve de la non répercussion sur l'assujetti, la rédaction de l'article 1965 FA du code général des impôts issue de la révision du 30 décembre 1986 n'étant pas dépourvue d'ambiguïté : « Lorsqu'une personne

---

[2081] Art. R 196-1 du livre des procédures fiscales : « Pour être recevables, les réclamations relatives aux impôts autres que les impôts directs locaux et les taxes annexes à ces impôts, doivent être présentées à l'administration au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant » le fait générateur.
[2082] Voir les arrêts Cass. *com*., 1er mars 1994, pourvois nos. 91-16751 91-16800, *Mumm*, *Bull*. 1994 IV n. 89, et Cass. *com*., 29 mars 1994, pourvoi n. 91-22334, *UDG France*, *Bull*. 1994 IV n. 130 p. 100.
[2083] Cass. *com*., 8 juillet 1997, pourvoi n. 95-15087, *Versele Laga Centre*, *Bull*. 1997 IV n. 223 p. 193. L'article 1965 FA du code général des impôts dispose que « Lorsqu'une personne a indûment acquitté des droits indirects régis par le présent code, elle peut en obtenir le remboursement, à moins que les droits n'aient été répercutés sur l'acheteur ».
[2084] *Comateb*, *op. cit.*, pt. 26.
[2085] Req., 15 juin 1882, *Patureau contre Boudier* (chambre des requêtes), d'après M. de BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, *op. cit.*, p. 250.
[2086] *Ibid.* Voir l'arrêt Cass. com., 3 avril 1990, *Bull. civ*., 1990 IV n° 107, p. 71.

a indûment acquitté des droits indirects régis par le présent code, elle peut en obtenir le remboursement, à moins que les droits n'aient été répercutés sur l'acheteur »[2087].

694. Faut-il alors rechercher les raisons de l'obstination dans le fait que, comme le relevait à juste tire l'avocat général Tesauro, « la répercussion n'a – ni ne devrait avoir – aucune incidence pour la restitution »[2088] ? En effet, il est aussi difficile pour l'administration de prouver que la taxe a été répercutée, que pour l'opérateur économique de prouver qu'elle ne l'a pas été. D'un point de vue réaliste, il est à tout le moins complexe de déterminer, dans l'évolution d'un prix, la part imputable à la taxe illégale, et de l'isoler des autres circonstances d'évolution d'un prix, telles que celles évoquées au paragraphe précédent[2089]. L'administration des douanes françaises aurait alors tenté de résister au renversement de cette présomption presque irréfragable. Désormais, en tout état de cause, l'administration fiscale applique la jurisprudence de la Cour de cassation, issue elle-même de la jurisprudence de la Cour de justice.

[2087] En droit douanier, la disposition est identique, et contenue dans l'article 352 bis du code des douanes.
[2088] Conclusions dans l'affaire *Comateb*, *op. cit.*, pt. 10.
[2089] Malgré le fait que dans l'arrêt *La Redoute, op. cit.*, la Cour de cassation reconnaît que l'administration avait prouvé la répercussion.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

695. La Cour de justice assure une préemption graduée de la compétence procédurale. Sans grande surprise, elle assume la priorité donnée aux rapports entre juges. C'est par le juge que se construit l'Union de droit voulue par la Cour et au centre de laquelle le droit au juge joue le rôle de cheville ouvrière, grâce au juge que les États sont rappelés à leurs obligations avec l'aide précieuse du justiciable qui s'est saisi de l'instrument de contrainte qu'est l'effet direct issu de la jurisprudence *Van Gend en Loos*. Cette « Europe des juges » a utilisé, sans surprise encore, la technique du débordement, pour atteindre des domaines qui pouvait être auparavant hors de sa portée. Ainsi, la priorité donnée aux rapports de juge à juge et l'utilisation du *spill over effect* sont cohérentes avec la tradition jurisprudentielle de la Cour. Il a été procédé de diverses manières selon les modalités procédurales en cause. En premier lieu, à propos de l'accent mis sur le dialogue juridictionnel, la Cour a d'abord compté sur l'ancienneté et l'impérativité de l'article 267 TFUE mettant en place le mécanisme du renvoi préjudiciel. Ce seul article, par la clarté des obligations qu'il pose et de l'objectif qu'il poursuit a permis au juge de Luxembourg d'en tirer directement les obligations procédurales pour le juge interne, procédant à une large récupération de l'exercice de la compétence procédurale. Malgré une jurisprudence irrégulière entre les deux ordres de juridiction, le juge français a accepté cette prise de contrôle par la Cour de justice. Il est néanmoins regrettable que sur les questions procédurales les renvois soient peu nombreux, laissant alors d'autres juges d'autres États membres influencer les positions de la Cour de justice. Au contraire, ne disposant pas d'une jurisprudence aussi ancienne que pour le renvoi préjudiciel ni de base légale comparable à l'article 267 TFUE, la Cour s'est appuyée sur le droit des États membres pour consacrer l'autorité de la chose jugée. Il lui a ainsi suffit d'intégrer cette excuse aux justifications correctives que les États peuvent avancer pour modifier le contenu du critère d'effectivité, qui n'exige alors plus de revenir sur une décision devenue définitive. La Cour ayant assimilé cette règle dans sa jurisprudence, elle en est par conséquent devenue maître, et peut à tout moment la faire tomber, comme elle l'a fait en matière d'aides d'États ou de mesures provisoires illégales. En second lieu, la technique de la préemption par débordement lui a permis d'importer des modalités procédurales issues d'un domaine d'application différent. Par cette technique la Cour opère une transmutation de procédures ainsi adaptées à leur nouveau milieu. L'octroi de mesures provisoires, l'obligation de réparer une violation du droit de l'Union, et la prise en cause du risque d'enrichissement sans cause pour rejeter la répétition d'une taxe indue sont des préemptions par débordement.

CONCLUSION DU TITRE II

696. La classification des décisions de la Cour de justice en fonction des caractères de la compétence procédurale tels que développés dans la thèse permet de retrouver la cohérence de la jurisprudence. L'intensité normative qui entoure une procédure nationale varie considérablement, en fonction de la modalité précise en cause et en fonction du temps. La variabilité de cette intensité de l'encadrement des obligations du juge interne explique pourquoi la Cour ne traite pas de la même manière le renvoi préjudiciel, les mesures provisoires, la répétition des taxes indues, l'autorité de la chose jugée et bien d'autres. Cette variabilité explique aussi pourquoi il est difficile d'étudier les procédures dans leur généralité en y incluant les modalités secondaires, mais qu'il faut plutôt découper et isoler chacune des modalités. Ainsi la jurisprudence relative à la répétition des taxes indues apparaît asymétrique et incohérente, alors que ses modalités, qu'il s'agisse des effets dans le temps, de l'enrichissement sans cause, ou du montant des intérêts, ont bien plus de sens lorsqu'elles sont étudiées séparément et mises en rapport avec l'intensité normative qui les entoure. Il est alors plus aisé de comprendre pourquoi la Cour de justice laisse à l'État membre l'exercice de la compétence en matière de calcul des intérêts moratoires, alors qu'elle a préempté la définition de l'enrichissement sans cause qui permettrait de refuser le remboursement d'une taxe à laquelle ces intérêts auraient pu être rattachés. Il a été vu alors que la jurisprudence répartissant l'exercice de la compétence procédurale pouvait ressortir d'un balancement déséquilibré, le curseur pointant majoritairement vers la compétence du juge interne, mais la Cour aiguillant de façon intempestive la compétence à son propre profit. Ces soubresauts sont l'exception dans un contexte normatif faible, la plupart du temps la Cour laissant jouer le seul critère d'équivalence dont l'application est mécanique et laisse peu de place à l'interprétation. L'ensemble peut néanmoins parfois se révéler cohérent lorsque la préemption par la Cour de l'exercice de la compétence procédurale se justifie par le soin tout particulier qu'elle porte aux rapports qu'elle entretient avec les juges nationaux, et aux rapports que ceux-ci entretiennent entre eux, et par l'utilisation de la technique du débordement pour importer des règles procédurales dans un domaine qui ne les connaissait par jusqu'alors.

697. Toute la jurisprudence de la Cour, modalité par modalité, peut alors être regardée à travers le prisme de l'intensité normative, qui comprend aussi bien le degré d'harmonisation que le domaine d'intervention.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

698. Si toute la jurisprudence de la Cour peut être regardée à travers le prisme de l'intensité normative, c'est qu'une série de facteurs interviennent pour permettre au juge de placer le curseur de la répartition de la compétence procédurale entre la Cour de justice et le juge national. Le désencadrement qui apparaît ainsi est alors maîtrisé par la Cour de justice. Les facteurs de maîtrise de ce désencadrement sont de plusieurs ordres et interviennent à des étapes différentes de la fabrication de la décision par la Cour. Tout d'abord, il y a la prise en compte par la Cour de justice de revendications d'États membres qui tentent de s'affranchir du respect des règles d'encadrement de la compétence procédurale que sont par exemple l'effectivité ou la protection juridictionnelle effective. Afin de ne pas donner aux États membres un permis d'illégalité, la Cour a préféré prendre les devant, intégrer ces revendications à son raisonnement, les muant en justifications légitimes sur lesquelles elle garde le contrôle. Comparables aux exigences impératives d'intérêt général bien connues dans les libertés de circulation, ces justifications n'y sont pas pleinement assimilables. Dans son raisonnement, la Cour intègre en effet la justification au critère d'effectivité, celui-ci voyant alors son contenu modifié. Ainsi, pour être rempli, le critère d'effectivité pourra par exemple requérir de la modalité procédurale nationale qu'elle respecte l'interdiction de l'enrichissement sans cause. Ensuite, la Cour applique à sa jurisprudence relative à la mise en œuvre procédurale du droit de l'Union sa jurisprudence classique sur les gradations d'invocabilités, ce qui permet d'élargir au maximum l'applicabilité du droit issu des traités aux procédures juridictionnelles nationales. Or cet élargissement conséquent s'accompagne de la prise en compte de l'intensité normative pour déterminer le degré de contrôle ou de relâchement de l'exercice de la compétence procédurale. La Cour prend alors en considération le degré d'harmonisation, et le domaine dans lequel le litige au principal intervient. La solution une fois fixée, sa rédaction dans la décision n'hésitera pas à emprunter à la technique des réserves d'interprétation pour faire encore varier l'intensité de la réponse.

699. Les différentes modalités de mise en œuvre du droit de l'Union s'apparentent à des « axes de transmission » de ce droit dans l'ordre interne[2090], que J.-B. Auby décrit comme étant par exemple l'application en droit administratif national des principes de droit européen. Or, et de façon tout à fait attendue, ces axes de transmission sont d'une grande variabilité. Cela ne signifie pas pour autant que la jurisprudence de la Cour soit toujours inintelligible. Si nous ne pouvons maîtriser l'ensemble des facteurs qui permettent d'aboutir à une solution particulière, la prise en compte d'un certain nombre d'entre eux permet néanmoins de procéder à une systématisation de la jurisprudence.

[2090] J.-B. AUBY, « Les axes de transmission du droit administratif européen », *Dr. adm.*, avril 2014, 4, repère 4.

CONCLUSION GÉNÉRALE

700. L'*autonomie* procédurale est la dénomination erronée d'un phénomène réel qui est la subsidiarité juridictionnelle. La logique de la subsidiarité veut que l'on parle en termes de compétences, puisque la subsidiarité régule l'exercice des compétences entre les États membres et l'Union. En matière de subsidiarité juridictionnelle relative aux modalités procédurales de mise en œuvre du droit de l'Union, il s'agit ainsi de *compétence* procédurale. La conséquence majeure de ce glissement notionnel est une relecture de l'ensemble de la jurisprudence de la Cour en ce domaine. Cette relecture amène à voir que le phénomène ancien de prise en compte par le juge de Luxembourg d'exigences des États membres pour s'affranchir ponctuellement du critère d'effectivité est en fait une intégration de leur identité nationale érigée en justification corrigeant le contenu même de l'effectivité.

701. Cette relecture de la jurisprudence de la Cour peut alors être précisée. Les modalités procédurales juridictionnelles qui président au procès dans le droit des États membres, relèvent de l'exercice des compétences dont la Cour assure la répartition, à l'aide de plusieurs instruments dont les plus connus – équivalence, effectivité et protection juridictionnelle effective – aboutissent à une variation des exigences à l'égard du juge interne. Or, dans des situations comparables ou proches, le juge de l'Union ne donne pas à ces outils d'encadrement le même contenu, si bien qu'il faille rechercher ailleurs les causes de ces fluctuations. En effet, l'effectivité, l'efficacité ou le droit au juge ont des portées respectives très variables. Force est de constater qu'établir une énumération de causes des variabilités aboutirait à une liste à la Prévert, allant même au-delà des raisons juridiques. De nombreux éléments sont en effet à l'œuvre, tels le degré de transfert de la compétence, la force plus ou moins contraignante du cadre législatif, les intérêts constitutionnels en jeu, aussi bien nationaux qu'européens, de même que les circonstances de l'affaire[2091], et sans que cette liste soit exhaustive. De plus, les rapports que ces causes entretiennent avec les outils de la répartition de la compétence ne sont pas directs. La logique est en définitive la suivante : la compétence procédurale, pendant formel de la compétence substantielle, est exercée dans le respect du principe régulateur de subsidiarité juridictionnelle. Le respect de ce principe régulateur est contrôlé par la Cour de justice, au regard de l'intensité normative qui entoure le cas d'espèce, prenant en compte le degré

[2091] T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, p. 448.

d'harmonisation par le droit dérivé et le domaine concerné. Ainsi, le degré d'encadrement notamment par les critères d'équivalence, d'effectivité, ou le droit à une protection juridictionnelle effective est une des conséquences de cette intensité normative. Pour parvenir à formuler une solution, la Cour de justice a tenu compte de l'irruption des exigences tenant au respect de l'identité nationale et en tire comme conséquence d'une part une modulation du ton de sa réponse au juge de renvoi en utilisant des mécanismes comparables à des réserves d'interprétation, et d'autre part, une acceptation de justifications correctives de la part de l'État membre lorsqu'il ne peut raisonnablement remplir les critères d'encadrement, au premier rang desquels l'effectivité. Loin de l'image parfois donnée d'un juge de la Cour de justice qui rogne à l'envi et jusqu'à faire la disparaître l'autonomie procédurale des États membres, c'est à un constant aller-retour des notions et des intérêts auquel on assiste, entre le juge national et la Cour de justice, permettant une répartition de la compétence procédurale au plus près d'un intérêt général européen. Cette dialectique n'est pas nouvelle dans les rapports de systèmes, mais il faut se rappeler qu'elle joue aussi, sinon plus encore, dans la répartition de la compétence procédurale.

702. Le balancement entre pluriformité et unicité[2092] de l'Union n'empêche pas, sur le terrain de l'approche procédurale de la mise en œuvre de son droit, que soit réalisée la réunification juridique de l'Europe[2093]. La participation du juge national à la construction d'un droit procédural européen relève de sa responsabilité, car la Cour de justice est une institution créée à partir des procédures connues dans les États fondateurs, et qui pour se consolider se nourrit des cultures juridiques nationales, à l'image de la technique de la préemption par débordement. La lente gestation de ce droit procédural réclame donc la participation de chacun, et notamment du juge français, par la voie du renvoi préjudiciel en interprétation. Considérer le droit administratif européen comme une *compétence procédurale* dont l'exercice est réparti par la Cour de justice entre elle-même et le juge national encouragerait bien plus le juge français à prendre sa part dans ce mouvement d'ensemble qu'en considérant la procédure juridictionnelle nationale comme seulement autonome. L'histoire des rapports entre la Cour de Luxembourg et

[2092] Cees NOTTEBOOM, *L'enlèvement de l'Europe*.

[2093] Nous empruntons cet optimisme à R. van Caenegem qui lie volonté politique et avenir du droit, à propos des différences constatées entre germanistes et romanistes, ou entre *common law* et droit civil continental : « Qui avait prévu qu'un obscur ayatollah exilé en France serait capable de renverser le régime du shah d'Iran défendu par des tanks, des avions modernes et une richesse immense ? Et que dire de la soudaine dissolution en fine poussière de l'Union soviétique et de la RDA ? La conclusion est claire : il n'y a pas d'obstacles insurmontables, et les développements les plus inattendus peuvent advenir. Autrement dit, si la volonté politique est suffisamment forte et si les juristes ont préparé le terrain, la réunification juridique de l'Europe peut se réaliser », p. 49.

les juges nationaux montre cet « ensemencement mutuel », duquel naît « le droit de l'Europe du droit »[2094], à la seule condition que nous quittions aussi bien « l'utopie de l'unité » que « l'illusion de l'autonomie »[2095].

[2094] D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 86.
[2095] M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (II)*, *op. cit.*, p. 9, et l'auteur de poursuivre : « ... afin d'explorer l'hypothèse d'un processus d'engendrement réciproque entre l'un et le multiple que l'on pourrait nommer, pour marquer le mouvement, "pluralisme ordonné". »

INDEX THÉMATIQUE

A

Administration indirecte : 36, 243, 287, 345, 358

Aide juridictionnelle : *284*, 301, 328, 351, 452

Aide de l'Union : 97, *284*, 683

Aides d'État :

- généralités : 100, 137, 154, 170, 237, *248,* 326, *340,* 512, *640,*, 647, 684
- Récupération (V. aussi *Répétition de l'indu*) : 66, 97, 148, 169, 239, 248, 422, 579, 640, 649, 684

Annulation

- recours en (CJUE) : 67, *168*, 655
- en droit interne : 188, 240, 379, 405, 451, 596, 608

Application uniforme : 61, 81, 90, 163, 454, 632, 656, *665*, 670

Asile, visa et immigration : 46, 57, 631

Autonomie

- définition : 5
- constitutionnelle : 10, 11
- institutionnelle : *7*, 11, 71, *76*, 158
- institutionnelle et procédurale : 7, 79, 181
- locale : 53, 157
- matérielle : 50

Autonomie procédurale

- dans la doctrine : *76*
- dans la jurisprudence : *81*
- statistiques jurisprudentielles : *22*

Autorité de la chose décidée : 136, *616*, 634, *653*

Autorité de la chose jugée : 46, 100, *131*, 154, 170, *235*, 352, 402, 409, 422, 441, 448, 512, 523, 616, *635*

Avocat général : 9, 56, 64, 71, 82, 88, 92, 205, 224, 271, 300, 309, 333, 344, 366, 396, 468, 551, 564, 566, 572, 577, 595, 610, 668, 671, 694

B

Bon déroulement de la procédure : 121, 144, 156, 159, 397, 402, *406*, 415, 436, 538, 542

Bonne administration de la justice (V. aussi Autorité de la chose jugée, Sécurité juridique) : 256, 381, 390, 435, 564, 599, *609*, 635

Bonne foi : 239, 416, 447, 451

C

Champ d'application

- du droit de l'Union : 33, 35, 172, 196,
- de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

européenne (V. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – article 47) : 35

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

- généralités : 35, 108, 201, 259, 275, 277, 279, 349, 401, 599
- article 47 : 266, *277*, 285, *291*, 333, 351, 354, 372, 397, 401, 452
- article 51 : 35

Conflits de lois

- droit international privé : *72*, 193
- collisions indirectes : 86, 243

Compétences

- exclusives : *33*, 42, 88, 96, 409, 506, 538, 546, 593, 616, 633, 643, 648, 669
- partagées : *34*, 60, 68, *93*, 506, 643

Compétence normative : 39

Compétence procédurale

- définition : 2

Communication de documents : 521, *599*

Concurrence : 38, 57, 65, 122, 144, 236, 249, 340, 401, 417, 467, 512, 587, 600, 613, 643, 675, 680

Consommateurs

- généralités : 38, 58, 199, 256, 290, 409, 529, *531*, *538*
- clauses abusives (V. *Directive – Directive 93/13*)
- droit dérivé (V. *Directive*)
- de services financiers : 59
- relevé d'office (V. ce mot)

Confiance légitime : 235, *396*, 402, 420, *543*

Constitution : 11, 201, 209

Convention d'Aarhus : 59, 284, 317, 318, 509, 510, 669

Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 : 43

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

- adhésion à la : 53, 108, 371
- article 6, paragraphe 1 : 277, 283, *290*, *349*, *354*, 361, *367*, *371*, 426
- article 13 : *276*, 283, 349, *354*, 361, 367, *370*

Coopération judiciaire

- en matière civile : 47, 60, 512, 613
- en matière pénale : 47

Coopération loyale : 6, 89, 111, 124, *127*, 135, 180, 201, 305, 339, 357, 441, 487, 507, 669

D

Décentralisation

- du droit de l'Union : 7, 116, 256

Délai

- de forclusion : 144, 153, 164, 230, *236*, 251, 284, 352, 361, 390, 409, 42, 449, 500, 533, *539*, *548*, *556*, 632, 655
- de transposition des directives : 284, 316, 450, *558*, 564
- point de départ : 153, 164, 237, 352, *550*, *557*, 514
- raisonnable de recours : 230, 236, 391, 401, 421, 539, 549, 554, *568*, 609, 675

Dépens : *284*, 510, 632

Directive

- 69/335/CEE concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux : *558*
- 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail : 277, 278, 343, 474, 582, 586, 598
- 77/388/CEE en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur

ajoutée : assiette uniforme (« sixième directive ») : 66, 209, 508, 535, 555, 563, 594
- 79/7/CEE relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale : 435, 474, 564, *582*
- 89/665/CEE dite « recours » en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux : 60, 338, 469, 598
- 87/102/CEE relative aux crédits à la consommation : 250
- 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : 15, 24, 58, *197*, 250, 338, 343, 408, 410, 482, *531*, 538
- 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques : 496, 521
- 2002/22 service universel et droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques : 250, 290, *367*
- 2004/18/CE relative aux procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services : 482
- 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres : 513

Douane

- code des douanes de l'Union (*anc.* communautaire) : 38, 669, 690
- coopération douanière : 46

Droit international public : *70*, 128, 263

Droit international privé : *72*, 193

Droits complémentaires

- fiscalité : 559

Droits de la défense : 16, 121, 144, 156, 256, 262, 284, 351, 381, *396*, *402*, 432, 452, 536, *540*

E

Effectivité

- en droit international : 243, 305, 341
- en droit de l'Union européenne : 6, *228*
- rapports avec le critère de l'équivalence : *124*
- rapports avec le droit à une protection juridictionnelle effective : 298, *305*

Effet direct

- généralités : 9, 246, 339, 451, *455*
- dépassement du principe : *478*
- primaire : *458*
- secondaire : *471*
- invocabilités (V. Invocabilités)

Effet utile : 15, 108, 259, 266, 305, 308, 329, *334*, *343*, 493

Efficacité

- du droit de l'Union : 15, 94, 102, 117, *138*, *245*, 305, *336*, 487, 579, 591, 669

Égalité de traitement : 193, 474, 582

Élections : 350

Enrichissement sans cause

- charge de la preuve (V. Preuve)
- diminution du volume des ventes : *687*
- principe général : 693
- répercussion : 234, 449, 502, 682, *688*
- stratégie commerciale : *688*
- vente à perte (interdiction de la) : 688

Environnement : 16, 28, 42, 59, 284, 317, 338, 434, 510, 661

Équivalence

- en droit de l'Union : 6, *186*,
- critères : *203*

- non-discrimination : 129, 184, 186, *189*, 539, 579, 591
- présomption : 221, 227
- rapports avec le critère d'effectivité : *124*

Équivalence de protection (*Conv. EDH*) : 623

Étudiants : 566

EURATOM : 193

Exigences impératives d'intérêt général (V. *Motifs d'intérêt général*)

F

Fonds structurels : 193

H

Harmonisation : *59*, *61*, 66, 103, 129, 162, 268, 470, *505,* 526, *578*, 607, 657, 674, 697, 701

I

Identité nationale : 17, 44, 125, 141, *156*, 256, 376, 411, 614, *624*, 701

Imposition intérieure : 9, 558, 592, 683

Intégration (processus) : 85, 125, 141, 256, 462

Intensité du contrôle

- contrôle de proportionnalité : 292, 412, 425, *438*, 446, 450, 564
- motivation de la Cour : *229*

Intensité normative :

- degré d'harmonisation : 104, *504*
- domaine d'intervention : *512*
- identité nationle (V. ce mot)

Intérêts (détermination des) : 245, 526, 573, *574*, *585*

Interprétation conforme (V. *Invocabilités*)

Invocabilités

- d'exclusion : 478, 484, *486*, 490
- d'interprétation conforme : 339, 456, 484, *488*, 514
- de réparation (V. aussi *Réparation*) : 484, 489, *490*, 518, 672
- de substitution : 456, 459, *464*, *467*, 486

J

Juridictions de l'ordre administratif (France)

- Conseil d'État : 21, 122, 262, 263, 264, 303, 397, 463, 530, 535, 558, 609, 623, 626, *627*, 643, *655*, 678
- cour administrative d'appel : 19, 21, 535, 631, 632
- tribunal administratif : 528, 633
- Tribunal des conflits : 498, 601, 608, 609, 610, 615, 633

Juridictions de l'ordre judiciaire (France)

- Cour de cassation : 19, 21, 83, 262, 263, 364, 403, 461, 498, 502, 530, 534, *558*, 578, 608, *626*, *631*, *692*
- cour d'appel : 502
- tribunal de commerce : 498
- tribunal de grande instance : 21, 666, 559, 578

Justifications correctives

- généralités : *382*, 446, 449, 453, 517, 616, 701
- bon déroulement de la procédure (V. ce mot)
- droits de la défense (V. ce mot)
- exigence de légalité : 398
- initiative des parties au procès : 397, 404, 407, 437, 438, 542
- interdiction de la *reformatio in pejus* : 403, 523, 541, *543*
- interdiction de l'enrichissement sans cause (V. *Enrichissement sans cause*)
- préservation de l'équilibre financier d'un régime de protection sociale : 390, 404, 435, 564
- protection de l'environnement (V. *Environnement*)

- respect de l'indépendance du juge : 402
- sécurité juridique (V. ce mot)

L

Lacunes : 7, 15, 28, 61, *63*, 103, 108, 116, 242, 261, 198, 303, 342, 472, 614

Libertés de circulation

- généralités : 40, *385*, 388, 419, 423, 432, 438, 512, 613
- marchandises : 17, 159, 205, 419, 423, 431, 434, 502, 534, 690
- capitaux : 558, 594, 683
- travailleurs : 388, 482, 512
- prestation de services : 16, 417, 683

Licenciement : 153, 175, 586

M

Mandat d'arrêt européen : 342, 398, 631

Manquement : 170, 209, 220, 361, 400, 521, 570, 642, 655, 675

Marge nationale d'appréciation (Cour EDH) : 358, 425

Marque communautaire : 60

Marchés publics (V. aussi *Directive*)

- pouvoir adjudicateur : 236, 469, 489, 550, 552, 676

Mesures provisoires : 60, 66, *90*, 138, 278, 366, 508, 649, *657*, *664*, 695

- violation par le droit national : 486, 658
- violation par le droit dérivé : 508, *649*, 661

Minerval (Belgique) : 566

Motifs d'intérêt général : 387, 396, 406, *430*

Motivation : 599, 632

N

Non-discrimination (V. aussi *Équivalence*) : 33,137, 200

O

Octroi de mer : 502, 687, 690

Ordre public : 197, 199, 250, 408, 417, 506, *529*, *533*, 541

Organisations communes de marchés : 10, 474, 508, 543, 611

P

Politique agricole commune (V. aussi Organisations communes de marchés, Primes de dénaturation) : 39, 66, 193, 252, 285, 333, 444, 447, 577, *592*

Politique sociale (V. aussi *Directive*) : 17, 42

Positivisme

- critique : 115
- inclusif / exclusif : 115, 120
- thèse du fait social : 115

Pouvoir

- normatif : 30, 39, *54*, 59, 103, 616
- séparation des : 457, 608

Préemption

- notion : *33, 616*
- application aux modalités procédurales : 332, 616, 634, 657, 695, 702

Preuve

- charge : 40, 59, 148, 307, 466, 475, 498, 502, 679, *690*
- documentaire : 148, 475

Primauté

- principe : 6, 110, 539, *641*
- procédurale : 40, 80, 128, 506, 625, 641
- frein au principe : 15, 110, 128, 185, *241*, 255, 298, *365*, *378*
- considérations impérieuses : 16, 413, *429*, *434*, 517

Primes de dénaturation : 579

Principes généraux du droit

- histoire : *262*
- idée de droit : 113, 270, 376
- Union de droit : 108, *259, 271,* 303, 374, 695
- distinction du critère : 114
- exclusion de l'autonomie procédurale : 74
- exclusion de l'effectivité et de l'équivalence : 260, *266*, 376

Proportionnalité (contrôle de) (V. aussi *Contexte*)

- généralités : 292, 304, 382, 412, 425, 427, *438*, 452, 454, 564
- contrôle de l'aptitude : *443*
- contrôle de l'entrave minimale : *446*, 450, 292

Protection juridictionnelle effective

- généralités : 12, *270*, *273*, *281*, *311*
- accès à un juge : 282, 300, 351, 364, 595, *596*
- procès équitable : 260, 271, 276, 283, *349*, 358, 365, 401, 432, 652
- rapports avec le critère d'effectivité : 298, *305*
- rapports avec la Conv. EDH : *347*, *354*, *364*

Procédure

- notion : *40*
- dans les traités : *42*, *46*

Procès équitable (V. Protection juridictionnelle effective)

Q

Qualité de partie : 250, 351, 409, 496

Questions accessoires : 526, *575*, *585*, 680

R

Raisons impérieuses d'intérêt général (V. *Motifs d'intérêt général*)

Recours

- en annulation (V. *Annulation*)
- en manquement (V. *Manquement*)

Référé

- devant le juge national : 662

Reformatio in pejus (V. Justifications *correctives*)

Régime transitoire : 237, 449, 565, 569, 614

Relevé d'office : 144, 198, 251, *405*, 437, 523, *528*

Remboursement (V. *Récupération*)

Remedies (V. *Procédures*)

Renvoi préjudiciel

- en appréciation de validité : 608, 655
- modalité de procédurale interne : 202, *620*

Réparation

- généralités : 175, 214, 314, *490*, 518, 551, 574, *583*, 589, 594, *670*, 680, 686
- dommages et intérêts : 153, 249, 512, 551, 583, 671, 676
- intérêts (V. *Intérêts*)

Répétition de l'indu (V. aussi *Enrichissement sans cause, TVA*)

- généralités : 177, 251, *398*, 442, 475, *560*, *577*, 592, 670, 677
- en droit français : 549, *631*
- charge de la preuve : 690

Répercussion de la taxe (V. *Enrichissement sans cause*)

Réserves

- conditionnelles : *495*
- directives : *497*
- obligatoires : *500*

Responsabilité

- de l'État membre : 209, 284, 362, 480, *490*, 501, 535, 601, 630, 636, 668, *672*, 678
- de l'Union européenne : 657, 668, 674

Rétroactivité

- généralités : 63, 206, 352, 498, *562*, 614
- d'une décision juridictionnelle : 179, 656
- prestations sociales : 63, 404, 435, 451, 464, *582*
- point de départ du délai : 153, 164, 237, 352, *550*, *557*, 614
- taxes : 498, 551
- dans l'application d'une directivement tardivement transposée : 558
- rapports avec les délais de recours : 563

S

Sanctions : 65, 198, 249, 302, 320, 371, 602

Santé publique

- liberté de circulation : 421, 432

Sécurité juridique : 351, 396

Sentence arbitrale : 201, 399, 415, 524, 540, 638

Société européenne (Règlement (CE) 2157/2001) : 59

Stabilité du droit et des relations juridiques (V. aussi *Autorité de la chose jugée, Sécurité juridique*) : 402

Standard : 15, 121, 124, 269, 600, 644

Subsidiarité

- principe de subsidiarité (UE)
- principe de subsidiarité (Conv. EDH)
- subsidiarité juridictionnelle

Sursis à exécution : 216, 507, 630, 661, 664, 668

Suspension

- d'un acte : 649, 652
- d'un délai : 675

T

Taxe d'effet équivalent à un droit de douane : 463, 473, *682*, 690, 692

Traité

- de Rome : 43, 129
- Acte unique : 99
- de Maastricht : *44*, 158, 159, 182, 256, 375, 396
- d'Amsterdam : 43, 95, 277
- de Nice : *44*, 276
- établissant une Constitution pour l'Europe : *44*
- de Lisbonne : 33, 39, 46, 159, 276, 293, 303, 355

TVA

- « Sixième directive » (V. *Directive*)
- généralités : 194, 210, 446, 550, 555, 569, 594, 646, 683
- et sécurité juridique : 390, 439, 446

U

Urgence (V. aussi *Référé*) : 236, 369, 570, 658

V

Vente à perte (V. *Enrichissement sans cause*)

Vide juridique (V. *Lacunes*)

INDEX DE JURISPRUDENCE

I – Cour de justice de l'Union européenne 532
A. Tribunal 532
B. Cour de justice 532
II – Cour européenne des droits de l'homme 563
III – Juridictions françaises 565
A. Conseil constitutionnel 565
B. Juridictions de l'ordre administratif 565
1. Tribunal des conflits 565
2. Conseil d'État 566
3. Cours administratives d'appel 568
4. Tribunaux administratifs 568
C. Juridictions de l'ordre judiciaire 568
1. Cour de cassation 568
2. Cours d'appel 571
3. Tribunaux de grande instance 571

paragraphe
de la référence

I – Cour de justice de l'Union européenne

A. Tribunal[2096]

TPICE, 30 janvier 2002, aff. T-54/99, *max.mobil contre Commission*, Rec. p. II-313 599

Trib., 1er juillet 2010, aff. T-62/08, *ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA contre Commission*, Rec. p. II-3229 169

B. Cour de justice[2097]

1960

CJCE, 16 décembre 1960, aff. 6/60, *Humblet*, Rec. p.1129 AMPHOUX J., « L'arrêt de la Cour de justice des CE du 16 décembre 1960 dans l'affaire Humblet », *RGDIP*, 1961, pp. 546-574. *245, 491*

CJCE, 23 février 1961, aff. 30/59, *Gezamenlijke Stennkolenmijnen in Limburg contre H.A.*, Rec. p. 46 CHEVALLIER R.-M., « L'arrêt 30/59 de la Cour de justice des Communautés européennes », *RGDIP*, 1962, pp. 546-580.

CJCE, 5 février 1963, aff. 26/63, *Van Gend en Loos*, Rec. p. 3 AMPHOUX J., *RGDIP*, 1964, pp. 100-157 ; HAY P., *AJCL*, 1963, pp. 404-408 ; RIGAUX F., *JT*, 1963, pp. 190-192 ; ROBERT J., « Sur une égalité des droits devant la Communauté économique européenne des ressortissants des États membres avec ces États eux-mêmes », *Recueil Sirey*, 1963, pp. 29-33. 53, 455, *461*, *462*, 695

CJCE, 4 juillet 1963, aff. 32/62, *Alvis contre Conseil*, Rec. p. 49 402

CJCE, 3 juin 1964, aff. 6/64, *Costa contre ENEL*, Rec. p. 1141 CATALANO N., « Portée des traités instituant les Communautés européennes et limites des pouvoirs souverains des États membres », *Le droit et les affaires*, 1964, 49, doc. LXXXVI ; KOVAR R., *JDI*, 1965, pp. 697-717 ; STEIN E., « Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat: On the Margin of the Costa Case », *MLR*, 1965, pp. 491-518 ; VIROLE J., « Questions posées par l'interprétation du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté Économique Européenne à propos de la nationalisation de l'électricité en Italie », *RTD eur.*, 1965, pp. 369-398 ; WITTE B. DE, « Retour à « Costa ». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTD eur.*, 1984, pp. 298-299. 53, 87, 245, 621, 641

CJCE, 1er décembre 1965, aff. 16/65, *Firma Schwarze*, Rec. p. 1094 632

CJCE, 9 décembre 1965, aff. 44/65, *Hessische Knappschaft*, Rec. p. 1191 535

CJCE, 30 juin 1966, aff. 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. p. 337 122

CJCE, 3 avril 1968, aff. 28/67, *Molkerei-Zentrale*, Rec. p. 211 9, 461

[2096] Anciennement Tribunal de Première instance des Communautés européennes
[2097] Anciennement Cour de justice des Communautés européennes

CJCE, 4 avril 1968, aff. 34/67, *Lück*, Rec. p. 359 9

CJCE, 11 juillet 1968, aff. 35/67, *Danvin contre Commission*, Rec. p. 464 681

CJCE, 19 décembre 1968, aff. 13/68, *Salgoil*, Rec. p. 661 BRINKHORST L. J., *CMLR*, 1969, pp. 481-488. 9, 81, 244, *305*, *321*, 604, 612, 633

CJCE, 13 février 1969, aff. 14/68, *Walt Wilhelm*, Rec. p. 15 JEANTET F. C., *JDI*, 1970, pp. 447-455.

CJCE, 12 novembre 1969, aff. 29/69, *Stauder*, Rec. p. 419 158, 264

1970

CJCE, 18 février 1970, aff. 40/69, *Hauptzollamt Hambourg contre Bollmann*, Rec. p. 69 39

CJCE, 6 octobre 1970, aff. 9/70, *Franz Grad*, Rec. p. 826 461

CJCE, 17 décembre 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Rec. p. 1135 264

CJCE, 11 février 1971, aff. 39/70, *Fleischkontor*, Rec. p. 49 244

CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70, *Commission contre Conseil (AETR)*, Rec. p. 263 34

CJCE, 15 décembre 1971, aff. jointes 51 à 54/71, *International Fruit Company*, Rec. p. 1107 CONSTANTINESCO V., *JDI*, 1973, pp. 523-527. 1à

CJCE, 17 mai 1972, aff. 93/71, *Leonesio*, Rec. p. 287 DUPUY P., « Applicabilité directe et droit budgétaire (à propos de l'affaire Leonesio 93/71 - 17 mai 1972) », *RMC*, 1973, n° 161, pp. 23-28 ; LOUIS J.-V., « Des primes à l'abattage des vaches et de l'applicabilité directe du droit communautaire », *CDE*, 1972, pp. 347 330.

CJCE, 6 juin 1972, aff. 94/71, *Schluter & Maack*, Rec. p. 307 81

CJCE, 7 mars 1972, aff. 84/71, *Marimex*, Rec. p. 98 *9*, 244

CJCE, 4 avril 1974, aff. 167/73, *Commission contre France (code maritime français)*, Rec. p. 360 560

CJCE, 30 avril 1974, aff. 155/73, *Sacchi*, Rec. p. 409 481

CJCE, 4 mai 1974, aff. 4/73, *Nold*, Rec. p. 491 265, 277, 288, 294, 398

CJCE, 21 juin 1974, aff. 2/74, *Reyners*, Rec. p. 632 613

CJCE, 3 juillet 1974, aff. 9/74, *Casagrande*, Rec. p. 773 35

CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Dassonville*, Rec. p. 837 105, 246

CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74, *van Duyn*, Rec. p. 1338 461, 464

CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, *Defrenne II*, Rec. p. 456 546, 569

CJCE, 21 mai 1976, aff. 26/76, *Roquette*, Rec. p. 677 *577*, 591

CJCE, 14 octobre 1976, aff. 29/76, *LTU / Eurocontrol*, Rec. p. 1541 398, 613

CJCE, 16 décembre 1976, aff. 33/76, *Rewe*, p. 1989 KOVAR R., « Droit communautaire et droit procédural national », *CDE*, 1977, pp. 230-244 ; NAFILYAN G., *RTD eur*., 1977, pp. 96-99 ; WYATT D., « National Periods of Limitation as a Bar to Community Rights », *ELR*, 1977, pp. 122-125. *1*, *23, 44, 63, 72, 77*, 101, 107, 112, 124, 129, *132*, 147, 162, 189, 231, *244, 296,* 307, *390,* 396, 423, 436, *473, 480*, 514*,* 539*, 553*, *577*, 604*,* 679

CJCE, 16 décembre 1976, aff. 45/76, *Comet*, p. 2043 KOVAR R., « Droit communautaire et droit procédural national », *CDE*, 1977, pp. 230-244 ; NAFILYAN G., *RTD eur*., 1977, pp. 96-99 ; WYATT D., « National Periods of Limitation as a Bar to Community Rights », *ELR*, 1977, pp. 122-125. *Id. Rewe ci-dessus*

CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal*, Rec. p. 629 4, 87, 128, 185, 201, *245*, 255, 268, 336, 342, *486*, 629

CJCE, 3 mai 1978, aff. 131/77, *Milac/HZA Saarbrücken*, Rec. p. 1041 178, 683

CJCE, 29 novembre 1978, aff. 83/78, *Redmond*, Rec. p. 2347 641

CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, Rec. p. 649 MATTERA A., « L'arrêt « Cassis de Dijon » : une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur », *RMC*, 1980, pp. 505-514 ; VERLOREN VAN THEMAAT P., « La libre circulation des marchandises après l'arrêt Cassis de Dijon », *CDE*, 1982, p. 123 16, 423

CJCE, 5 avril 1979, aff. 148/78, *Ratti*, Rec. p. 1631 *461*, 464, 474, 478, 514

CJCE, 4 octobre 1979, aff. 141/78, *Commission contre Royaume-Uni*, Rec. p. 2923 147

CJCE, 4 octobre 1979, aff. 238/78, *Ireks-Arkady contre Conseil et Commission*, Rec. p. 2955. 177, 681, 683

1980

CJCE, 27 février 1980, aff. 68/79, *Hans Just I/S contre Ministère danois des affaires fiscales*, Rec. p. 501 EASSON A., « The Spirits, Wine and Beer Judgments: A Legal Mickey Finn? », *ELR*, 1980, pp. 318-330 ; KOVAR R., *JDI*, 1981, pp. 132-145. 148, 231, 307, 352, 403, 423, 474, 554, 679, *682*, *687,* 689

CJCE, 5 mars 1980, aff. 265/78, *Ferwerda*, Rec. p. 617 66, 97, 148, 307, 352, 474, 508, 635

CJCE, 27 mars 1980, aff. 61/79, *Denkavit Italiana*, Rec. p. 1207 TREVOR H., « The Effects in National Law of Judgments of the European Court », *ELR*, 1980, pp. 366-373. 148, 231, 474, 554, 656, 680, *682*

CJCE, 27 mars 1980, aff. jointes 66/79, 127/79 et 128/79, *Salumi*, Rec. p. 1237 HARTLEY T., « The Effects in National Law of Judgments of the European Cour », *ELR*, 1980, pp. 366-373. 179, 190, 193, 338, 402, 508

CJCE, 12 juin 1980, aff. 119/79, *Lippische*, Rec. p. 1863 196, 338

CJCE, 12 juin 1980, aff. 130/79, *Express Dairy Foods*, Rec. p. 1887 HARTLEY T., « The Effects in National Law of Judgments of the European Cour », *ELR*, 1980, pp. 366-373. 148, 178, 193, 578, *591*, 680, 683

CJCE, 10 juillet 1980, aff. 826/79, *MIRECO*, Rec. p. 2561 129, 148

CJCE, 10 juillet 1980, aff. 811/79, *Ariete*, Rec. p. 2547 129, 193, 231, 307, 474

CJCE, 17 décembre 1980, aff. 149/79, *Commission contre Belgique*, Rec. p. 3881 DRUESNE G., « La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les « emplois dans l'administration publique » », *RTD eur.*, 1981, pp. 286-300 ; LYON-CAEN G., « Un arrêt d'une interprétation difficile : l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire des « chemins de fer belges » confronté au droit français », *in Études de droit des Communautés européenne. Mélanges en l'honneur de P. H. Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 273-288. 388

CJCE, 7 juillet 1981, aff. 158/80, *Rewe contre Hauptzollamt Kiel*, Rec. p. 1805 191, 299, 329, 474, 505

CJCE, 19 janvier 1982, aff. 8/81, *Becker*, Rec. p. 53 486

CJCE, 6 mai 1982, aff. 54/81, *Firma Wilhelm Fromme*, Rec. p. 1450 162, 193, 231, 245, 338, *579*, 583, 591

CJCE, 6 octobre 1982, aff. 283/81, *CILFIT*, Rec. p. 3415 491, 622, 628

CJCE, 21 septembre 1983, aff. jointes 205/82 à 215/82, *Deutsche Milchkontor*, Rec. p. 2633 DONY M., « Les aides illicites et la confiance légitime. Les obstacles à la récupération des aides », *Revue de droit commercial belge,* 1991, p.83-88 6, 162, 193, 201, 245, 307, 338, 396, 496, 683

CJCE, 9 novembre 1983, aff. 199/82, *San Giorgio*, Rec. p. 3595 VEROONE M., « La Cour de Luxembourg et le « procès équitable » », *Gaz. Pal.*, 1984, pp. 114-116 ; WAELBROECK M., « La garantie du respect du droit communautaire par les États membres. Les actions au niveau national », *CDE*, 1985, pp. 37-48. 148, 152, 177, 307, 432, 455, 465, 472, 475, 481, 592, 679, 682, 690,

CJCE, 20 mars 1984, aff. jointes C-75/82 et C-117/82, *Razzouk et Beydoun contre Commission*, Rec. p. I-1509. 190

CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, *Von Colson*, Rec. p. 1891 ARNULL A., « Sanctioning Discrimination », *ELR*, 1984, pp. 267-272 ; CURTIN D., « Effective Sanctions and the Equal Treatment Directive: The Von Colson and Harz Cases », *CMLR*, 1985, pp. 505-532. 276, 305, 321, 488

CJCE, 6 novembre 1984, aff. 177/83, *Kohl*, Rec. p. 3652 433

CJCE, 7 février 1985, aff. 240/83, *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*, Rec. p. 531 434

CJCE, 13 février 1985, aff. 292/83, *Gravier*, Rec. p. 606 178, 566

CJCE, 9 mai 1985, aff. 112/84, *Humblot*, Rec. p. 1367 178, 566

CJCE, 9 juillet 1985, aff. 179/84, *Piercarlo Bozzetti*, Rec. p. 2312 80, 285, 305, 496, 508, 604, 612, 633

CJCE, 26 février 1986, aff. 152/84, *Marshall I*, Rec. p. 723 178, 461, 463,

CJCE, 11 mars 1986, aff. 121/85, *Conegate*, Rec. p. 1017 417

CJCE, avril 1986, aff. 294/83, *Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement*, Rec. p. 1339 260, 276

CJCE, 15 mai 1986, aff. 222/84, *Marguerite Johnston*, Rec. p. 1651 244, 259, 266, *276*, 284, 291, 306, 308, *321*, 337, 343, 364, 366, 472, 474, 512, *595*, 669

CJCE, 4 décembre 1986, aff. 71/85, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Rec. p. 3870 564

CJCE, 9 juillet 1987, aff. jointes C-281, 283, 284, 285 et 287/85, *Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni contre Commission*, Rec. p. 3203 87, 266

CJCE, 15 octobre 1987, aff. 222/86, *Heylens*, Rec. p. 4097 DUBOUIS L., « A propos de deux principes généraux du droit communautaire (droit au contrôle juridictionnel effectif et motivation des décisions des autorités nationales qui portent atteinte à un droit conféré par la règle communautaire », *RFDA*, 1988, pp. 691-700. 21, 166, 278, 284, 318, 338, 366, 512, 595, 599

CJCE, 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost*, Rec. p. 4199 67, 89, 90, 620, 629, 664

CJCE, 2 février 1988, aff. 309/85, *Barra*, Rec. p. 355 SIMON D., *JDI*, 1989, pp. 398-401. 162, 166, 178, 307, 465, 487, *566*, 679

CJCE, 4 février 1988, aff. 157/86, *Murphy*, Rec. p. 686 488

CJCE, 25 février 1988, aff. jointes 331/85, 376/85 et 378/85, *Bianco et Girard*, Rec. p. 1099 BERLIN D., *RTD eur.*, 1988, pp. 347-380 ; CONSTANTINESCO V. et SIMON D, *JDI*, 1989, pp. 395-398. 21, 166, 498, 502, 688, 690, *691*

CJCE, 8 mars 1988, aff. 80/87, *Dick*, Rec. p. 1612 564

CJCE, 29 juin 1988, aff. 240/87, *Deville*, Rec. p. 3524 166, 178, 237, *566*

CJCE, 14 juillet 1988, aff. 123 et 330/87, *Jeunehomme*, Rec. p. 4537 245, 474

CJCE, 20 septembre 1988, aff. 302/86, *Commission contre Danemark*, Rec. p. 4607 434

CJCE, 2 février 1989, aff. 94/87, *Commission contre Allemagne*, Rec. p. 175

CJCE, 11 juillet 1989, aff. 265/87, *Hermann Schräder*, Rec. p. 2263. 294

CJCE, 28 novembre 1989, aff. 379/87, *Groener*, Rec. p. 3967 158

1990

CJCE, 14 février 1990, aff. C-301/87, *France contre Commission*, Rec. p. I-307 266

CJCE, 21 mars 1990, aff. C-142/87, *Belgique contre Commission*, Rec. p. I-959 DONY M., « État en violation des dispositions de l'article 93, par.3, du traité de Rome », *JT*, 1991, pp. 4-6 ; NAOMÉ C., « Les aides publiques aux entreprises privées et le droit européen », *RJL*, 1990, pp. 876-880. 169

CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, *Factortame*, Rec. p. I-2433 BONICHOT J.-C., « Le juge national et la protection du droit communautaire. Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », *RFDA*, 1990, pp. 912-920 ; CRAIG P., « Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame », *YEL*, 1991, pp. 221-255 ; JOLIET R., « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Revista di Diritto europeo*, 1992, pp. 253-284 ; SIMON D., « Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame », *RMC*, 1990, pp. 591-597. 87, 138, 139, 166, 307, 338, 343, 366, 487, 523, 658, *661*, *665*

CJCE, 12 juillet 1990, aff. C-188/89, *Foster*, Rec. p. I-3313 463

CJCE, 20 septembre 1990, aff. C-5/89, *Commission contre Allemagne*, Rec. p. I-3437 434

CJCE, 18 octobre 1990, aff. 297/88, *Dzodzi contre État belge*, Rec. p. I-3763 MARTIN D., « Du bon usage de l'article 177 du traité de Rome », *RJL*, 1991, pp. 189-191.

CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA contre Comercial Internacional de Alimentación*, Rec. p. I-4135 BEBR G., *CMLR*, 1991, pp. 415-427 ; MEAD P., « The Obligation to Apply European law: Is Duke Dead ? », *ELR*, 1991, pp. 490-501. 488

CJCE, 21 février 1991, aff. jointes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrick Suderdithmarschen et Zuckerfabrick Soest*, Rec. p. I-415 AUBY J.-B., *Droit administratif*, avril 1991, fasc. 635-2 ; BONICHOT J.-C, *Petites affiches*, 1991, n. 62, p. 26 ; LE MIRE P., *AJDA,* 1991, p. 237 ; MEHDI R., « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTD eur.*, 1996, pp. 77-100 ; SCHERMERS M., *CMLR,* 1992, p. 133 ; SIMON D., *JDI,* 1991, p. 411. 67, 90, 92, 132, 343, 509, 523, 651, 659, 662

CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner*, Rec. p. I-1979 HERMITTE M.-A., « Chronique », *JDI*, 1992, pp. 467-470.

CJCE, 11 juillet 1991, aff. jointes C-87 à 89/90, *Verholen*, Rec. p. I-3757 166, 178, 284, 287, 474, 488

CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-288/89, *Gouda*, Rec. p. I-4007 16

CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Säger*, Rec. p. I-4221 438

CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-208/90, *Emmott*, Rec. p. I-4292 COPPEL J., « Time up for Emmott? », *Ind. Law Jour.*, 1996, pp. 153-160 ; SZYSZCZAK E., *CMLR*, 1992, pp. 604-614 98, 166, 230, 237, 307, 474, *557*, 614

CJCE, 19 septembre 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci*, Rec. p. I-5357 BARAV A., *JCP G*, 1991, II, p. 21783 ; « Damages against the State for Failure to Implement EC Directives », *New Law Journal*, 1995, pp. 1584-1604 ; CONSTANTINESCO V., *JDI*, 1992, 426-430 ; AUBY J.-B., « Observations sur certaines conséquences de la non-transposition des directives communautaires », *Dr. adm.*, 1992, pp. 1-3 ; CRAIG P., « Francovich, Remedies and the Scope of Damages Liability », *The Law Quaterly Review*, 1993, pp. 595-621 ; GERVEN W. VAN, « Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe », *MJL*, 1994, pp. 6-40 ; SIMON D., « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des États membres en cas de non-transposition des directives », *Europe*, décembre 1991, pp. 1-3. 37, 87, 166, 245, 307, 338, 480, 491, 584, 668, 671, 673

CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, Rec. p. I-249 433

CJCE, 31 mars 1992, aff. C-200/90, *Dansk Denkavit et Poulsen Trading*, Rec. p. I-2217 178

CJCE, 8 avril 1992, aff. C-62/90, *Commission c. Allemagne*, Rec. p. I-2575 434

CJCE, 9 juin 1992, aff. C-96/91, *Commission contre Espagne*, Rec. p. I-3789

CJCE, 16 juillet 1992, aff. C-163/90, *Legros*, Rec. p. I-4625 177, 502, 690

CJCE, 17 février 1993, aff. jointes 159/91 et 160/91, *Poucet et Pistre*, Rec. p. I-637 613

CJCE, 30 mars 1993, aff. C-328/91, *Thomas e. a.*, Rec. p. I-1267 582

CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Dieter Kraus*, Rec. p. I-1663 16

CJCE, 2 août 1993, aff. C-271/91, *Marshall II*, Rec. p. I-4367 SIMON D. et RIGAUX A., « L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe ? », *Europe*, n. 10, octobre 1993, pp. 1-3. 166, 178, 474, 578, *582*, 590, 594, 676

CJCE, 27 octobre 1993, aff. C-338/91, *Steenhorst-Neerings*, Rec. p. I-5475 COPPEL J. , « Time up for Emmott? » *Ind. Law Jour.*, 1996, p. 153-160 ; HIGGINS I., « Equal Treatment and National Procedural Rules: one Step Forward, two Steps Back », *Irish Jour. Eur. Law,* 1995, Vol.4, p. 18-29. 82, 92, 390, 404, 435, 474, 558, 564

CJCE, 24 novembre 1993, aff. jointes C-267/91 et 268/91, *Keck et Mithouard*, Rec. p. I-6126 159, 203

CJCE, 23 février 1994, aff. C-236/92, *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava*, Rec. p. I-483 461, 474

CJCE, 9 mars 1994, aff. C-188/92, *TWD Textilwerke*, Rec. p I-846 655

CJCE, 9 août 1994, aff. jointes C-363/93, et C-407/93 à C-411/93, *Lancry*, Rec. p. I-3978 692

CJCE, 6 décembre 1994, aff. C-410/92, *Elsie Rita Johnson*, Rec. p. I-5501 COPPEL J. , « Time up for Emmott? » *Ind. Law Jour.*, 1996, p. 153-160 435, 474, 564

CJCE, 6 juillet 1995, aff. C-62/93, *Soupergaz*, Rec. p. I-1907 474, 565, 679

CJCE, 11 août 1995, aff. C-16/94, *Dubois et Garonor*, Rec. p. I-2432 534

CJCE, 17 octobre 1995, aff. C-44/94, *Fishermen's Organisations e.a.*, Rec. p. I-3115 434

CJCE, 9 novembre 1995, aff. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft I*, Rec. p. I-3761 MEHDI R., « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTD eur.*, 1996, pp. 77-100. 166, 508, 523, 651, 659, 662, 668

CJCE, 23 novembre 1995, aff. C-394/93, *Alonso-Pérez*, Rec. p. I-4114 63, 230

CJCE, 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*, Rec. p. I-4165 438

CJCE, 14 décembre 1995, aff. jointes C-430/93 et C-431/93, *van Schijndel et van Veen*, Rec. p. I-4706 CANIVET G. et HUGLO J.-G., « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck », *Europe*, avril 1996, pp. 1-4 ; HEUKELS T., *CMLR*, 1996, pp. 337-353 ; RIGAUX A. et SIMON D., *Europe*, février 1996, pp. 8-10 ; SIMON D., « Chronique de jurisprudence communautaire », *JDI*, 1996, pp. 468-471. 16, 25, 40, *121*, *143*, *149*, 152, 154, *156*, 159, 162, 166, 181, 199, 201, 235, 249, 256, 307, 376, 382, 397, 402, 404, *406*, 415, *436*, 453, 506, 523, *538*, *541*, 545, 548, 555

CJCE, 14 décembre 1995, aff. C-312/93, *Peterbroeck*, Rec. p. I-4599 CANIVET G. et HUGLO J.-G., « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck », *Europe*, avril 1996, pp. 1-4 ; HEUKELS T., *CMLR*, 1996, pp. 337-353 ; RIGAUX A. et SIMON D., *Europe*, février 1995, pp. 8-10 ; SIMON D., « Chronique de jurisprudence communautaire », *JDI*, 1996, pp. 468-471. 16, 23, 25, *121*, *143*, *142*, 150, 154, *156*, 159, 162, 166, 181, 235, 256, 307, 376, 397, 402, 406, *408*, *436*, 454, 523, 535, 539, 545, 548, 555

CJCE, 18 janvier 1996, aff. C-446/93, *SEIM*, Rec. p. I-99 251, 285, 604, 612, 633

CJCE, 8 février 1996, aff. C-212/94, *FMC*, Rec. p. I-389.

CJCE, 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur, ex parte Factortame*, Rec. p. I-1029 BOULOUIS J., « 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. (À propos de la jurisprudence « Brasserie du pêcheur ») », 22, 266, *490*, 500, *672*, 676, 687

Gaz. Pal., 1996, pp. 1461-1466 ; DUBOUIS L., « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », *RFDA*, 1996, pp. 583-595 ; EMILIOU N., « State Liability Under Community Law: Shedding More Light on the Francovich Principle? », *ELR*, 1996, pp. 399-411 ; FOUBERT P., *CJEL*, 1996, pp. 359-372 ; OLIVER P., *CMLR*, 1997, pp. 635-658 ; RIGAUX A., « L'arrêt « Brasserie du Pêcheur - Factortame III » : Le roi peut mal faire en droit communautaire... », *Europe*, mai 1996, pp. 1-6.

CJCE, 2 mai 1996, aff. C-206/94, *Paletta II*, Rec. p. I-2357

CJCE, 14 mai 1996, aff. jointes C-153/94 et 204/94, *Faroe Seafood*, Rec. p. I-2509 251

CJCE, 23 mai 1996, aff. C-5/94, *Hedley Lomas*, *Rec.* p. I-2553 BERR C. J., *JDI*, 1997, p. 527 ; DEMETRIOU M., « Are Member States Being Led to the Slaughter? », *New Law Journal*, 1995, p. 1102-1103 ; EMILIOU N., « Shedding More Light on the Francovich Principle? », *ELR*, 1996, p. 399-411 ; GAVALDA C., PARLÉANI G., *JCP E*., 1997, I, 653, n. 11 ; HILSON C., « The Place of Discretion », *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, p. 941-947 ; OLIVER P., *CMLR*, 1997, p. 666-674 ; PICOD F., *RAE*, 1996, p. 174-181 ; RIGAUX A., *Europe*, juillet 1996, Comm. n. 272, p. 7-8 ; SIMON D., *JDI*, 1997, p. 493-495 ; TRIDIMAS T., *The Cambridge Law Journal*, 1996, p. 412-415 ; WEATHERILL S., « Reflections on EC law's "Implementation Imbalance" in the light of the ruling in Hedley Lomas », *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order*, 1997, p. 31-53. 82, *490*

CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, *SFEI*, Rec. p. I-3577 498

CJCE, 24 octobre 1996, aff. C-72/95, *Kraaijeveld*, Rec. p. I-5403 199

CJCE, 26 novembre 1996, aff. C-68/95, *T. Port*, *Rec.* p. I-6065 FOUBERT P., *CJEL*, 1997, p. 125-132 ; GAUTIER Y., *JDI*, 1997, p. 495-497 ; GADBIN D., « Chronique de jurisprudence communautaire (année 1996). Les questions de droit communautaire général. Le régime de protection provisoire des justiciables », *Revue de droit rural*, 1998, p. 158 ; ALBORS-LLORENS A., *CMLR*, 1998, p. 227-245 ; PEERS S., « Taking Supremacy Seriously », *ELR*, 1998, p. 146-156. 89

CJCE, 14 janvier 1997, aff. C-192/95 à 218/95, *Comateb*, Rec. p. I-165 178, 502, 679, 682, 685, 687, *689*

CJCE, 20 mars 1997, aff. C-24/95, *Alcan Deutschland*, Rec. p. I-1591 *683*

CJCE, 22 avril 1997, aff. C-66/95, *Sutton*, Rec. p. I-2180 *582*, 594

CJCE, 5 juin 1997, aff. C-398/95, *SETTG*, Rec. p. I-3113 431

CJCE, 10 juillet 1997, aff. 261/95, *Palmisani / INPS*, *Rec.* p. I-4025 RIGAUX A., *Europe*, août-septembre 1997, Comm. n. 259, p.6 ; RIGAUX A., *Europe*, août-septembre 1997, Comm. n. 277, p.13. *22*, 25, 205, 224, 245, 307, 450, 549, *551*, 554, 676

CJCE, 17 juillet 1997, aff. jointes C-114/95 et C-115/95, *Texaco*, Rec. p. I-4267 LAGONDET F., *Europe*, octobre 1997, Comm. n. 319, p.17-18. *230*, 390, 421, 558, 679

CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-90/94, *Haahr Petroleum*, Rec. p. I-4142 LAGONDET F., *Europe*, octobre 1997, Comm. n. 319, p.17-18. 390, 421, 554, 558

CJCE, 17 juillet 1997, aff. C-242/95, *GT-Link*, Rec. p. I-4453 679

CJCE, 19 septembre 1997, aff. C-54/96, *Dorsch Consult*, Rec. p. I-4961 240, *284*, 489, 604, 606, 608, 633

CJCE, 2 décembre 1997, aff. C-188/95, *Fantask*, Rec. p. I-6783 DIBOUT P., « La restitution des taxes perçues en violation d'une directive communautaire et la prescription », *Revue de droit fiscal,* 1998, p. 349-354 ; LAMARQUE J., « Action en restitution de taxes perçues en violation d'une directive communautaire. Droit d'apport. Compatibilité des dispositions de l'art. L. 190, al. 2 et 3, du LPF avec le droit communautaire », *RGP*., 1998, n. 4, p. 667-673 ; RIGAUX A., SIMON D., *Europe,* février 1998, Comm. n. 44, p. 12-14 ; WARD A., « Indirect Taxes and National Remedies », *Camb. L. J*., 1999 p. 36-40. 235, 441, 549, 554, *558*, 646, 679

CJCE, 11 décembre 1997, aff. C-246/96, *Magorrian et Cunningham*, Rec. p. I-7153 451, 482

CJCE, 28 avril 1998, Aff. C-120/95, *Decker*, Rec. p. I-1831 431

CJCE, 12 mai 1998, aff. C-366/95, *Steff-Houlberg*, Rec. p. I-2661 193, 239

CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-298/96, *Oelmühle*, Rec. p. I-4767. 193, 240, 447, 683

CJCE, 15 septembre 1998, aff. jointes C-279/96 à C-281/96, *Ansaldo*, *Rec.* p. I-5025 JAZOTTES G., LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S., « Droit européen des affaires », *RTD com*., 1999, p. 550-552 ; MEHDI R., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1999, p. 531-536. 178, 230, 402, 554, *558*, 578, 580, 583, 591, 594

CJCE, 15 septembre 1998, aff. C−231/96, *Edis, Rec.* p. I-4951 CHAVRIER H., LEGAL H., DE BERGUES G., « Actualité du droit communautaire. La répétition de l'indu », *AJDA*, 1999, p. 311-313 ; JAZOTTES G., LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S., « Droit européen des affaires », *RTD com*., 1999, p. 550-552 ; MEHDI R., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1999, p. 531-536. 230, 402, 432, 546, 549, 551, *553*, 558, 562, 566, 567

CJCE, 15 septembre 1998, aff. 260/96, *Spac*, Rec. p. I-5012 MEHDI R., *JDI*, 1999, 531-536. 236, 402, 549, 551, 554

CJCE, 21 octobre 1998, aff. C-10/97, *IN.CO.GE*, Rec. p. I-6307 MEHDI R., *JDI*, 1999, 531-536. 285, 604, 612, 633, 679

CJCE, 17 novembre 1998, aff. C-228/96, *Aprile Srl, Rec.* p. I-7141 CHAVRIER H., LEGAL H., DE BERGUES G., « Actualité du droit communautaire. La répétition de l'indu », *AJDA*, 1999, p. 311-313 ; JAZOTTES G., LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S., « Droit européen des affaires », *RTD com*., 1999, p. 550-552 ; MARTÍN JIMÉNEZ A. J., « Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas », *Revista española de Derecho Financiero*, 1999, p. 846-847 ; MEHDI R., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1999, p. 531-536 ; PIETRI M., SIMON D., *Europe*, janvier 1999, Comm. n. 7, p. 9-10. 549, 551, 554, 558, 567

CJCE, 19 novembre 1998, aff. C-85/97, *Société financière d'investissement*, Rec. p. I-7458 402, 555

CJCE, 1er décembre 1998, aff. C-326/96, *Belinda S. Levez*, *Rec*. p. I-7835 CONNOR T., « Community discrimination law: temporal limitations and unlawful conditions of application imposed by a Member State », *ELR*, 1999, p. 300-304 ; PRECHAL S., *RAE*, 2000, p. 167-173 ; SIMON D., *Europe*, février 1999, Comm. n. 54, p. 11. 23, 146, 173, 206, 222, 409, 439, 554

CJCE, février 1999, aff. C-343/96, *Dilexport*, Rec. p. I-579 554, *566*, 679

CJCE, 21 janvier 1999, aff. C-120/97, *Upjohn Ltd*, Rec. p. I-223 23

CJCE, 29 avril 1999, aff. C-224/97, *Ciola*, *Rec*. p. I-2517

CJCE, 1er juin 1999, aff. C-126/97, *Eco-Swiss China Time*, *Rec.* p. I-3055 IDOT L., *Europe*, août-septembre 1999, Comm. n. 302, p. 21-22 ; IDOT L., *Revue de l'arbitrage*, 1999, p. 639-653 ; WIJCKMANS F., *Revue de droit commercial belge*, 1999, p. 741-742 ; FURSE M., D'ARCY L., « Eco Swiss China Time Ltd / Benetton: EC Competition Law and Arbitration », *ECLR*, 1999, p. 392-394 ; MOURRE A., « Les rapports de l'arbitrage et du droit communautaire après l'arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Gaz. Pal.*, 2000, III, Doct., p. 127-132 ; JAZOTTES G., LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S., « Droit européen des affaires. La politique de concurrence », *RTD com*., 2000, p. 232-235 ; POILLOT-PERUZZETTO S., « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1er juin 1999. (affaire Eco Swiss China Time Ltd) », *JDI*, 2000, p. 299-307 ; PRIETO C., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence », *JDI*, 2000, p. 504-506 ; SHELKOPLYAS N., « European Community Law and International Arbitration: Logics That Clash », *European Business Organization Law Review*, 2002, p. 569-591. 46, 154, 237, 390, 402, 408, 417, 420, 432, 506, 512, 523, 549, *636*

2000

CJCE, 11 janvier 2000, aff. C-285/98, *Kreil*, Rec. p. I-69 35, 286

CJCE, 11 janvier 2000, aff. C-174/98 P et C-189/98 P, *van der Wall*, *Rec.* p. I-1 DAVIS R. W., « The Court of Justice and the right of public access to Community-held documents », *ELR*, 2000, p. 303-309 ; GAUTIER Y., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2001, p. 591-596 ; RIDEAU J., *Recueil Dalloz*, 2000, Somm., p. 192-193 ; SIMON D., *Europe*, mars 2000, Comm. n. 71, p. 13-14.

CJCE, 3 février 2000, aff. C-228/98, *Dounias*, Rec. p. I-599 165, 223

CJCE, 9 mars 2000, aff. C-437/97, *EKW et Wein & Co.*, Rec. p. I-1157 178

CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Dieter Krombach*, Rec. p. I-1935.

CJCE, 16 mai 2000, aff. C-78/98, *Preston e.a.*, *Rec.* p. I-3201 MARIATTE F., *Europe*, juillet 2000, Comm. n. 194, p. 12-13 ; BUSBY N., « Only a Matter of Time », *The Modern Law Review*, 2001, p. 489-499. 146, 211, 554

CJCE, 27 juin 2000, aff. jointes C-240/98 à C-244/98, *Océano Grupo*, *Rec.* p. I-4941 AUGI S., BARATELLA F., *The European Legal Forum*, 2001, p. 83-91 ; BERNARDEAU L., *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, p. 261-281 ; CARBALLO-FIDALGO M., PAISANT G., *JCP G*., 2001, II, 10513 ; HOURDEAU S., *LPA*, 2001, n. 146, p. 27-31 ; VAN HUFFEL M., *Revue européenne de droit de la consommation*, 2003, p. 79-105 ; JAZOTTES G., LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S., *RTD com*., 2001, p. 291-294 ; MASQUEFA C., « Décisions en clair-obscur (CJCE, 27 juin 2000 et Cass., 1re civ., 15 févr. 2000) », *JCP E*., 2001, p. 23-25 ; DE MEESE T., *Revue de droit commercial belge*, 2000, p. 669-670 ; RAYNARD J., *RTD civ*., 2000, p. 939-943 ; STUYCK J., *CMLR*, 2001, p. 719-737 ; WHITTAKER S., *The Law Quarterly Review*, 2001, p. 215-220. 24, 199, 250, 343, 408, 410, 482, 489, 533

CJCE, 4 juillet 2000, aff. C-352/98 P, *Bergaderm et Goupil*, Rec. p. I-5291 674

CJCE, 21 septembre 2000, aff. jointes C-441/98 et 442/98, *Michaïlidis AE*, Rec. p. I-7145 234, 683, 687, 689

CJCE, 5 octobre 2000, aff. C-376/98, *Allemagne contre Parlement et Conseil*, Rec. p. I-2247 50

CJCE, 28 novembre 2000, aff. C-88/99, *Roquette Frères*, Rec. p. I-10481 PIETRI M., *Europe*, janvier 2001, p. 12. 21, 549, 554, 559, *577*, 591, 637

CJCE, 11 janvier 2001, aff. C-226/99, *Siples*, Rec. p. I-277 278, 284, 595, 661, 665, 667, 669

CJCE, 22 février 2001, aff. jointes C-52/99 et C-53/99, *Camarotto et Vignone*, Rec. p. I-1395 554

CJCE, 8 mars 2001, aff. jointes C-397/98 et C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd contre Commissioners of Inland Revenue*, *Rec.* p. I-1727 EICKER K., « ECJ delivers judgement in the Cases Hoechst/Metallgesellschaft », *Intertax*, 2001, p. 242-243 ; GAUTIER Y., *Europe*, mai 2001, Comm. n. 157, p. 14 ; GAUTIER Y., *Europe*, mai 2001, Comm. n. 172, p. 21. 500, 578, 590, 594, 679

CJCE, 14 septembre 2000, aff. C-343/98, *Collino et Chiappero*, Rec. p. I-6659 463

CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-184/99, *Grzelczyk*, Rec. p. I-6193. 513, 518

CJCE, 20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Courage et Crehan*, *Rec.* p. I-6297 IDOT L., *Europe*, novembre 2001, Comm. n. 330, p. 12-13 ; JONES A., BEARD D., *ECLR*, 2002, p. 246-256 ; KLAGES, R., *RDUE*, 2001, n. 4, p. 1003-1005 ; ODUDU O., EDELMAN J., « Compensatory damages for breach of Article 81 », *ELR*, 2002, p. 327-339. 23, 249, 507, 512, 587, 683

CJCE, 6 décembre 2001, aff. C-472/99, *Clean Car Autoservice*, *Rec.* p. I-9687 223

CJCE, 21 mars 2002, aff. C-451/99, *Cura Anlagen*, Rec. p. I-3193 LUBY M., *JDI*, 2003, pp. 615-616.

CJCE, 6 juin 2002, aff. C-159/00, *Sapod Audic contre Eco-Emballage*, Rec. p. I-5057 DOUGAN M., *CMLR*, 2003, pp. 193-218 ; MARGUÉNAUD J. P. et RAYNARD J., « Normalisation, déchets ménagers et contrat : quand la Cour de cassation se voit attribuer le pouvoir de prononcer « l'inapplicabilité » d'un décret... quid des contrats conclus en application de celui-ci ? », *RTD civ.*, 2002, pp. 873-875. 21

CJCE, 13 juin 2002, aff. C-382/99, *Pays-Bas contre Commission*, Rec. p. I-5202

CJCE, 18 juin 2002, aff. C-92/00, *HI*, Rec. p. I-5574

CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-62/00, *Marks & Spencer*, Rec. p. I-6348 RIGAUX A. et SIMON D., « Portée de l'obligation d'application des directives par les instances nationales », *Europe*, octobre 2002, pp. 13-14. 237, 352, 433, 549, 566, *569*, 572, 679

CJCE, 25 juillet 2002, aff. C-50/00, *UPA contre Conseil*, Rec. p. I-06677 CASSIA P., « Quelles perspectives pour la recevabilité du recours en annulation des particuliers ? », *Receuil Daloz*, 2002, pp. 2825-2830 ; MARIATTE F. et BERROD F., « Le pourvoi dans l'affaire Uniòn de Pequeños Agricultores c/ Conseil : le retour de la procession d'Echternach », *Europe*, octobre 2002, pp. 7-11 ; RAGOLLE P., « Access to justice for private applicants in the Community legal order: recent (r)evolutions », *ELR*, 2003, pp. 90-101. 276

CJCE, 10 septembre 2002, aff. jointes C-216/99 et C-222/99, *Prisco et CASER*, Rec. p. I-6761 441

CJCE, 19 septembre 2002, aff. C-336/00, *Martin Huber*, Rec. p. I-7736 193, 398, 402, *446*

CJCE, 24 septembre 2002, aff. C-255/00, *Grundig Italiana SpA, Rec.* p. I-8003 162, 173, 361, 450, 500, 549, 551, 568, 572, 615

CJCE, 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Cofidis SA*, *Rec.* p. I-10875 BAUDE-TEXIDOR C., FADLALLAH I., « La réglementation française ne peut empêcher le juge de relever d'office le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises à l'expiration du délai de forclusion », JCP E., 2003, p. 323-325 ; FLORES P., BIARDEAUD G., Gaz. Pal., 2003, I, Jur. p.15-20 ; NOURISSAT C., « Droit communautaire et forclusion biennale: l'étrange effet utile de l'esprit de la directive "clauses abusives"! », Recueil Dalloz, 2003, Jur. p. 486-490 ; PAISANT G., « La réglementation française ne peut pas empêcher le juge de relever le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises après l'expiration d'un délai de forclusion », JCP G., 2003, II, 10082 ; VAN HUFFEL M., « La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de justice », Revue européenne de droit de la consommation, 2003, p. 79-105. 21, 199, 237, 250, 482, *531*

CJCE, 12 décembre 2002, aff. C-470/99, *Universale-Bau e. a.*, Rec. p. I-11617 285, 343, 604, 612, 633

CJCE, 27 février 2003, aff. C-327/00, *Santex*, *Rec.* p. I-1877 BELORGEY J-M., GERVASONI S., LAMBERT C., « Effectivité des recours, *AJDA*, 2003, p. 2153-2154 ; BROWN A., « Whether a National Limitation Period for Procurement Actions may be Overridden: A Note on Case C-327/00, Santex v Unita Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia », *Public Procurement Law Review*, 2003, p. NA78-NA81. 236

CJCE, 9 avril 2003, aff. C-424/01, *CS Austria*, Rec. p. I-3251 338

CJCE, 10 avril 2003, aff. C-20/01, *Commission contre Allemagne*, Rec. p. I-3609

CJCE, 10 avril 2003, aff. C-276/01, *Steffensen*, *Rec.* p. I-3735 121, 146, 224, *401*, 409, 432

CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*, Rec. p. I-5694 ALEMANNO A., « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts « Schmidberger » et « Omega » », *RDUE*, 2004, n° 4, pp. 709-751 ; BINDELS R. et MISSON L., « De la licéité d'un éventuel adage : « Circulez, il n'y a rien à dire » ! », *RJL*, 2004, pp. 106-112 ; BIONDI A., « Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *EHRL Rev.*, 2004, pp. 51-61. 16

CJCE, 19 juin 2003, aff. C-34/02, *Pasquini*, Rec. p. I-6540

CJCE, 19 juin 2003, aff. 467/01, *Eribrand*, Rec. p. I-6488 193

CJCE, 11 septembre 2003, aff. C-13/01, *Safalero*, *Rec.* p. I-8679 KAUFF-GAZIN F., *Europe*, novembre 2003, p. 17. 23

CJCE, 18 septembre 2003, aff. C-125/01, *Pflücke*, Rec. p. I-9390 SIMON D., « Délai de forclusion applicable à l'indemnisation des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur », *Europe*, novembre 2003, p. 17.

CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-224/01, *Köbler*, *Rec.* p. I-10239 BELORGEY, J-M., GERVASONI S., LAMBERT C., *AJDA*, 2003, pp. 2146-2148 ; CAIRNS W., *European Review of Private Law*, 2005, p. 435-442 ; CLASSEN C. D., *CMLR*, 2004, pp. 813-824 ; DRAKE S., « A False Dawn for the Effective Protection of the Individual's Community Rights », *Irish Journal of European Law*, 2004, pp. 34-51 ; GARDE A., « Much Ado about Nothing? », *The Cambridge Law Journal*, 2004, pp. 564-567 ; PFANDER J. E., « Köbler v Austria: Expositional Supremacy and Member State Liability », *European Business Law Review*, 2006, pp. 275-297 ; PINGEL I., *Gaz. Pal.*, 2004, II, Doct., pp. 2-7 ; SCOTT H., BARBER N. W., *The Law Quarterly Review*, 2004, pp. 403-406 ; SIMON D., *Europe*, novembre 2003, Chron. n. 12, pp. 3-6 ; WATTEL P. J., « Köbler, Cilfit and Welthgrove: We can't go on meeting like this », *CMLR*, 2004, pp. 177-190 ; JANS J. H., « State liability and infringements attributable to national courts: a dutch perspective on the Köbler case, The European Union : an ongoing process of integration », *liber amicorum Alfred E. Kellermann*, 2004, pp. 165-176. 154, 170, 284, 352, 362, 402, 409, 491, 501, 535, 604, 630, 636, 656

CJCE, 2 octobre 2003, aff. C-147/01, *Weber's Wine World e. a.*, Rec. p. I-11385 MEHDI R., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2004, pp. 559-564 ; SIMON D., « Vers un renforcement modéré de l'encadrement jurisprudentiel des règles nationales de répétition de l'indu ? », *Europe*, 2003, pp. 6-8. 167, 174, 175, *177*, *566*, 679, 682, 685, 687, 689

CJCE, 6 novembre 2003, aff. C-243/01, *Gambelli*, Rec. p. I-13031 417

CJCE, 4 décembre 2003, aff. C-63/01, *Evans*, Rec. p. I-14492 150, 409, 437

CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-60/02, *X*, Rec. p. I-665 PONGÉRARD-PAYET H., « En dépit du règlement n. 3295/94 et de l'obligation d'interprétation conforme, le principe de la légalité des peines interdit de sanctionner, indépendamment d'une loi nationale, le transit sur le territoire communautaire de marchandises de contrefaçon », *Europe*, mars 2004, pp. 26-27.

CJCE, 7 janvier 2004, aff. C-201/02, *Wells*, Rec. p. I-748 SIMON D., « Dans des « situations triangulaires », l'effet « collatéral » ne fait pas obstacle à l'effet direct vertical des directives », *Europe*, mars 2004, pp. 12-13. 129, 240, 592, 676

CJCE, 13 janvier 2004, aff. C-453/00, *Kühne et Heitz*, *Rec.* p. I-837 BELORGEY, J-M., GERVASONI S., LAMBERT C., « Portée rétroactive des arrêts de la Cour de justice et décisions administratives individuelles définitives », *AJDA*, 2004, p. 319 ; CARANTA R., *CMLR*, 2005, p. 179-188 ; COUTRON L., *RAE*, 2003-04, pp. 417-434 ; GAUTIER Y., « Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 2005, pp. 401-403 ; KATZ D., *JCP A*, n° 21, 17 Mai 2004, 1347 p. 707 ; PEERBUX-BEAUGENDRE Z., *RDUE*, 2004, n. 3, pp. 559-567 ; SIMON D., *Europe*, mars 2004, Comm. n. 66, pp.14-15. 132, 635, *654*

CJCE, 4 mars 2004, aff. C-19/01, *Barsotti*, Rec. p. I-2005 178

CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Rec. p. I-2409 178

CJCE, 17 juin 2004, aff. C-30/02, *Recheio – Cash & Carry SA*, *Rec.* p. I-6051 « Application du principe d'effectivité, répétition de l'indu », *L'Observateur de Bruxelles*, 2004, p. 10-11 ; *JDE*, 2004, pp. 282-283. 23, 162, 173, 549, 554, 558

CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-32/02, *Omega*, Rec. p. I-9609 18, 158

CJCE, 20 janvier 2005, aff. C-245/03, *Merk, Sharp & Dohme*, Rec. p. I-656

CJCE, 6 juin 2005, aff. C-15/04, *Koppensteiner*, Rec. p. I-4876 DISCHENDORFER M., « The Reviewability of the Decision to Withdraw an Invitation to Tender : A Note on the Judgment of the Court of Justice in Case C-15/04, Koppensteiner », *Pub. Proc. L. Rev.*, 2005, pp. NA160-NA163.

CJCE, 20 octobre 2005, aff. C-511/03, *Ten Kate Holding Musselkanaal*, *Rec.* p. I-8979 BAUDOUIN M., « Chronique de jurisprudence communautaire agricole (2004-2005) », *Revue de droit rural*, 2007, n. 350, p. 34-35 ; BERNARD E., « Obligations des États membres », *Europe*, décembre 2005, n. 399, Comm. p. 11-12. 559

CJCE, 8 novembre 2005, aff. C-443/03, *Leffler*, Rec. p. I-9637 240

CJCE, 6 décembre 2005, aff. jointes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *ABNA*, *Rec.* p. I-10423 GADBIN D., « Chronique de jurisprudence communautaire agricole (2004-2005) », *Revue de droit rural*, 2007, n. 350, p. 20-21 ; MEISSE E., « Mesures provisoires », *Europe*, février 2006, Comm. n. 33, p.10-11. 521, 659

CJCE, 21 février 2006, aff. C-255/02, *Halifax*, Rec. p. I-1609 178

CJCE, 16 mars 2006, C−234/04, *Kapferer*, *Rec.* p. I−2585 BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., « Stabilité des situations juridiques et droit communautaire », *AJDA*, 2006, p. 2275-2276 ; DELPY C., « Droit international et européen. De la nécessité de coopérer entre autorités », *JCP G*., 2007, I 109, p. 23-24 ; FRANCQ S., *RCDIP*, 2007, p. 146-157 ; IDOT L., « Protection des consommateurs et interprétation erronée de l'article 15 », *Europe*, mai 2006, Comm. n. 181, p. 35-36 ; KOSTOVA-BOURGEIX A., « Un arrêt ayant acquis l'autorité de chose jugée ne peut être réexaminé, même s'il est contraire au droit communautaire », *JCP G*., 2006, II 10174, p. 2007-2009 ; REMY-CORLAY P., *RTD civ*., 2006, p. 728-733. 132, 154, 352, 521, *635*, 640

CJCE, 13 juin 2006, aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, *Rec.* p. I-5177 BERTOLINO G., « A New ECJ Decision on State Liability for Judicial Acts », *Civil Justice Quarterly*, 2008, p. 448-453 ; BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., « Stabilité des situations juridiques et droit communautaire », *AJDA*, 2006, p. 2275-2276 ; CHALTIEL F., *RMCUE*, 2006, p. 609-612 ; CHALTIEL F., *JDI*, 2007, p. 619-622 ; DO T. U., *RDUE*, 2006, n. 3, p. 695-698 ; GORDON C., HOLMES S., « The ECJ's decision in Traghetti. Will there be longer and more complex competition cases as a result? », *Competition Law Insight*, 2006, Vol.5, Issue 9, p. 13-15 ; HERVOUËT F., *RAE*, 2006, p. 365-374 ; DE LEVAL G., *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2006, p. 1441-1442 ; NICOLELLA M., *Gaz. Pal.*, 2007, n. 52-53 I Jur., p. 25-26 ; PETRILLO G., « Damage attributable to infringements of Community law: when relevant national legislation conflicts with Community law », *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2007, n. 1, p. 133-142 ; REMY-CORLAY P., *RTD civ*., 2006, p. 728-733 ; RUFFERT M., *CMLR*, 2007, p.,479-486 ; SIMON D., *Europe*, août-septembre 2006, Comm. n. 232, p.9-11. 491, 501

CJCE, 15 juin 2006, aff. C-28/05, *Dokter*, Rec. p. I-5431 292, 426, 432

CJCE, 15 juin 2006, aff. C-255/04, *Commission contre France*, Rec. p. I-5251 248

CJCE, 13 juillet 2006, aff. C-438/04, *Mobistar*, Rec. p. I-6675 521, 600

CJCE, 13 juillet 2006, aff. jointes C-295/04 à C-298/04, *Manfredi*, Rec. p. I-6619 BONNAMOUR B., *RLDA*, 2006, n. 10, p. 72-73 ; CHAGNY M., *RLC*, 2006, n. 9, p. 86-89 ; CHEYNEL B., *RLDA*, 2006, n. 9, p. 54 ; IANNUCCELLI P., « La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concurrence », *RLC*, 2006, n. 9, p. 67-72 ; IDOT L., *Europe*, octobre 2006, n. 291, p. 24-25 ; NOURISSAT C., *Procédures*, 2007, n° 8, pp. 68-67 ; PHILIPPE J., JANSSENS T., *Gaz. Pal.*, 2006, n. 305-308 I Jur., p. 12-13 ; PRIETO C., *JDI*, 2007, p. 671-674 ; ZIVY F., « Il faudra encore attendre un peu pour en savoir plus », *Concurrences*, 2006, n. 4, p. 118-119. 167, 237, 249, 587, 594, *675*, 683

CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-81/05, *Alonso*, *Rec.* p. I-7569 CAVALLINI J., « Le mécanisme de garantie des créances salariales doit respecter le principe général d'égalité », *JCP S*, 2006, n. 1816, p. 31-32 ; MAK C., European Review of Contract Law, 2007, Vol.4, p. 432-438 ; TISSANDIER H., *RJS*, 2007, p. 21-22 ; RICCI G., *FI*, 2007, IV, p. 326-327.

CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-470/04, *N*, Rec. p. I-7409 178

CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-180/04, *Vassallo*, Rec. p. I-7251 240

CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-526/04, *Laboratoires Boiron*, Rec. p. I-7529 21, 240
CABANNES X., « Un nouveau dédale procédural : le contentieux de la taxe sur les ventes directes de médicaments (CJCE, 7 septembre 2006, Laboratoire Boiron c. Acoss, aff. C-526/04) », *Gaz. Pal.*, 2006, n° 342-343, pp. 21-24 ; ZIVY F., « Le juge national a le devoir de court-circuiter le droit de la preuve pour assurer l'effectivité du contrôle des aides d'État », *RD conc.*, 2006, pp. 121-123.

CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-53/04, *Marrosu et Sardino*, Rec. p. I-7213 240

CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-300/04, *Eman and Sevinger*, *Rec.* p. I-8055
BESSELINK L. F.M., *CMLR*, 2008, p. 787-813 ; BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., *AJDA*, 2006, p. 2271-2272 ; DAWES A., *RDUE*, 2006, n. 3 p. 707-712 ; FRANCQ S., *JDI*, 2007, p. 650-653 ; HERVOUËT F., RAE, 2006, p. 565-570 ; KAUFF-GAZIN F., « Droits de vote et d'éligibilité au Parlement européen », *Europe*, novembre 2006, Comm. n. 300, p. 8-9 ; SHAW J., « The Political Representation of Europe's Citizens: Developments », *ECLR*, 2008, Vol.4, p. 162-186.

CJCE, 19 septembre 2006, aff. jointes C-392/04 et C-422/04, *i-21 Germany et Arcor AG*, *Rec.* p. I-8559 6, 22, 45, 83, 132, 592, 635, 654
BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., « Stabilité des situations juridiques et droit communautaire », *AJDA*, 2006, p. 2275-2276 ; FRISON-ROCHE A-M., « La Cour de justice limite les marges de manœuvres de l'État dans la fixation des taxes afférentes aux licences de télécommunications », *RLC*, 2007, n. 11, p. 97-98 ; IDOT L., « Taxes excessives et retrait d'une décision administrative », *Europe*, novembre 2006, Comm. n. 320, p. 24 ; WENANDER H., « Withdrawal of national administrative decisions under European Administrative Law », *European Law Reporter*, 2007, p. 54-60.

CJCE, 5 octobre 2006, aff. C-368/04, *Transalpine Ölleitung in österreich*, Rec. p. I-9957 326

CJCE, 5 octobre 2006, aff. C-232/05, *Commission contre France (Scott I)*, Rec. p. I-10071 170, 284
IDOT L., « Encadrement de l'autonomie procédurale et récupération des aides », *Europe*, n. 12, décembre 2006, pp. 24-25 ; MEISSE É., « Limites de l'autonomie procédurale nationale », *Europe*, n. 12, décembre 2006, pp. 11-12.

CJCE, 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, Rec. p. I-10421 15, 24, 199, 250, 408, *531*
AVENA-ROBARDET V., *Recueil Dalloz,* 2006, p.2910 ; IDOT L., *Europe*, décembre 2006, Comm. n. 378 p. 28 ; MOURRE A. , *JDI*, n. 2, 2007, pp. 581-593 ; MOURRE A. et PEDONE P., *Gaz. Pal.*, 2006, n. 347-348, I Jur., p. 63-64 ; NOURISSAT C., « Stipulation d'une clause compromissoire et droit communautaire : un nouvel horizon ! », *RLDA,* 2007, n. 14, p. 55-58 ; REICH N., « More clarity after "Claro"? Arbitration clauses in consumer contracts as an ADR (alternative dispute resolution) mechanism for effective and speedy conflict resolution, or as "deni de justice"? », *European Review of Contract Law,* 2007, vol. 3, n. 1, p. 41-61.

CJCE, 12 décembre 2006, aff. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rec. p. I-11753 *590*, 679

CJCE, 18 janvier 2007, aff. C-421/05, *City Motors Groep*, *Rec.* p. I-659 ARHEL P., *LPA*, 226
2007, n. 56, p. 13-15 ; CHEYNEL B., « Distribution automobile : règlement no 1400/2002/CE et clause expresse de résiliation de plein droit et sans préavis », *RLDA*, 2007, n. 13, p. 59-60 ; IDOT L., « Droit spécial du contrat. La distribution automobile à nouveau sous les feux de l'actualité », *Revue des contrats*, 2007, p. 765-770 ; NOURISSAT C., « Stipulation d'une clause compromissoire et droit communautaire: un nouvel horizon ! », *RLDA*, 2007, n. 14, p. 55-58.

CJCE, 15 février 2007, aff. C-239/05, *BVBA Management*, Rec. p. I-1455 IDOT L., « Obligations de l'autorité en cas d'enregistrement d'une marque », *Europe,* n. 4, avril 2007, p. 30. 240

CJCE, 15 février 2007, aff. C-292/05, *Lechouritou*, Rec. p. I-1519 613

CJCE, 6 mars 2007, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica*, Rec. p. I-1891 PICOD F., *RAE*, 2007, pp. 127-133 ; SIMON D., « Faites vos jeux, rien ne va plus ... », *Europe*, mai 2007, pp. 17-18.

CJCE, 13 mars 2007, aff. C-432/05, *Unibet*, *Rec.* p. I-2271 ANAGNOSTARAS G., « The quest for an effective remedy and the measure of judicial protection afforded to putative Community law rights », *ELR* 2007 p.727-739 ; ARNULL A., *CMLR*, 2007, p. 1763-1780 ; BLUMANN C., « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G*., 2007, I 175, p. 13-19 ; BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., *AJDA*, 2007, p. 1119-1120 ; BURGORGUE-LARSEN L., *RDP*, 2009, n. 4, p. 1245 ; DONNAT F., *Revue juridique de l'Economie publique*, 2008, n. 655, p. 9-10 ; GAUDIN H., *RDP*, 2008, n. 5, p. 1407 ; GROUSSOT X., WENANDER H., « Self-standing Actions for Judicial Review and the Swedish Factortame », *Civil Justice Quarterly*, 2007, p. 376-388 ; LEBEAU L., *RAE*, 2007, n. 8, p. 135-151 ; NICOLLELA M., *Gaz. Pal.*, 2007, n. 189, p. 54 ; SCHMIED F., « L'accès des particuliers au juge de la légalité - L'apport de l'arrêt Unibet », *JDE*, 2007, p. 166-170 ; SIMON D., « Modalités de la protection provisoire », *Europe*, 2007, n. 128, p. 9-10 ; VAN WAEYENBERGE A., PECHO P., « L'arrêt Unibet et le traité de Lisbonne - un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *CDE*, 2008, p. 123-156. *5*, 52, 135, 146, 173, 240, 277, 291, 293, 296, 299, *308*, *313*, 316, 318, 320, *324*, *331*, 349, 373, 452, 455, 518, 526, *597*, 604, 659, 661, 665, *668*

CJCE, 15 mars 2007, aff. C-35/05, *Reemstma Cigarettenfabriken*, Rec. p. I-02425 361, 683

CJCE, 17 avril 2007, aff. C-470/03, *A. G. M.-COS.MET Srl*, *Rec.* p. I-2749 BAILLEUX A., « Les droits de l'homme face à la libre circulation - Un nouveau conflit porté devant la Cour de justice », *RTDH*, 2007, n. 72, pp. 1171-1184 ; BOUHIER V., *RTD eur*., 2007, n. 4, pp. 693-719 ; BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., *AJDA*, 2007, n. 21, p. 1120 ; CHALTIEL F., J. BERR C., FRANCQ S., PRIETO C., *JDI*, 2008, n. 2, pp. 588-590 ; MONJAL P., « Liberté d'expression contre libre circulation des marchandises », *LPA*, 2007, n. 238, pp. 18-23 ; RAYNOUARD A., *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 2007, n. 6, pp. 447-449 ; DE SCHUTTER O., *JDE*, 2008, n. 148, pp. 126-131 ; SIBONY A-L., DEFOSSEZ A., *RTD eur*., 2008, n. 4, pp. 885-925. 676

CJCE, 7 juin 2007, aff. jointes C-222/05 à C-225/05, *van der Weerd*, *Rec.* p. I-4233 BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., *AJDA*, 2007, pp. 2250-2251 ; JANS J.H., MARSEILLE A.T., *CMLR*, 2008, pp. 853-862 ; PETTIE M., VAN YPERSELE P., *JDE*, 2007, n. 142, pp. 239-245 ; SIMON D., « Modalités du relevé d'office », *Europe*, n. 8, août 2007, pp. 11-12. 144, 146, 149, 397, 408, 437, 535, 538, 542

CJCE, 21 juin 2007, aff. jointes C-231/06, C-232/06 et C-233/06, *Jonkman e. a.*, *Rec.* p. I-5149 COURSIER P., *JCP S*, 2007, n. 1657, pp. 42-43.

CJCE, 21 juin 2007, aff. C-158/06, *ROM-projecten*, Rec. p. I-5103 MEISSE É., *Europe*, n. 8, août 2007, p. 12. 193, 402, *446*

CJCE, 28 juin 2007, aff. C-1/06, *Bonn Fleisch*, Rec. p. I-5609

CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-119/05, *Lucchini SpA contre MICA*, *Rec.* p. I-6199 CHEYNEL B., « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », *RLC*, 2007, n° 13, pp. 33-37 ; LUBY M., POILLOT-PERUZZETTO S., « Droit international et européen », *JCP S*, n. 5, janvier 2008, pp. 20-26, spéc. pt. 8 ; SIMON D., « Autorité de la chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif », *Europe*, n. 10, octobre 2007, comm. 235. 100, 154, 237, 409, 512, 523, 635, *641*, 643, 645, 648, 656

CJCE, 4 octobre 2007, aff. C-429/05, *Rampion*, *Rec.* p. I-8017 CLARET H., *D*., 2008, p. 458-461 ; CREPLET O., « L'arrêt 'Rampion et Godard' ou le cas insolite de l'ouverture de crédit à la consommation souscrite en vue de financer une opération déterminée », *Revue européenne de droit* 21, 250, 532

de la consommation, 2007, n. 8, p. 595-617 ; HO-DAC M., « Offre de crédit à la consommation n'indiquant pas le bien financé », *JCP E*., 2008, n. 1114, p. 41-44 ; LEGEAIS D., *RTD com*., 2008, p. 403 ; PAISANT G., *JCP E*., 2008, p.44-47 ; POISSONNIER G., TRICOIT J-P., « La CJCE consacre le relevé d'office en droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 2007, n. 346-347, p. 11-16 ; RIGAUX A., « Notion de crédit à la consommation », *Europe*, 2007, n. 352, p. 32-33.

CJCE, 11 octobre 2007, aff. C-241/06, *Lämmerzahl*, *Rec.* p. I-8415 DISCHENDORFER M., « The Application of Limitation Periods under Directive 89/665 », *Public Procurement Law Review*, 2008, p. NA41-NA47 ; MEISSE E., « Interprétation de la directive recours », *Europe*, 2007, n. 340, p. 26. 487, 550, 552

CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-161/06, *Skoma-Lux*, Rec. p. I-10841 BROUSSY E., DONNAT F. et LAMBERT C., « Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA*, 2008, p. 240-241 ; SIMON D., « Régime linguistique », *Europe*, février 2008, Comm. n. 29, p. 10. 600

CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation contre Viking Line*, Rec. p. I-10779 *32*

CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-62/06, *Fazenda*, Rec. p. I-12026 605, 608, 633

CJCE, 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, Rec. p. I-309

CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06, *Kempter*, Rec. p. I-411 BROUSSY E., DONNAT F., LAMBERT C., « Chronique de jurisprudence communautaire. Stabilité des situations juridiques et retrait des actes administratifs définitifs », *AJDA*, 2008, p. 871-872 ; COUTRON L., « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter », *RTDE*, 2009, p. 69 ; FENGER N., « Review of final administrative decisions contrary to EU law », *European Law Reporter*, 2008, pp. 150-157 ; SIMON D., « Obligation de réexamen d'une décision administrative », *Europe*, avril 2008, pp. 13-14 ; WARD A., « Do unto others as you would have them do unto you: Willy Kempter and the duty to raise EC law in national litigation », *ELR*, 2008, pp. 739-754. 23, 132, 199, 482, *653*

CJCE, 13 février 2008, aff. C-199/06, *CELF I*, Rec. p. I-469 JAEGER T., « The CELF-judgment, : a precarious of the standstill obligation », *European State Aids Quaterly*, n. 2, pp. 279-289.

CJCE, 14 février 2008, aff. C-419/06, *Commission contre Grèce*, Rec. p. I-27

CJCE, 21 février 2008, aff. C-426/05, *Tele2 Telecommunication GmbH*, *Rec.* p. I-685 KAUFF-GAZIN F., « Concurrence et droit à une protection juridictionnelle effective », *Europe*, 2008, n. 108, p. 14 ; TUOT T., « La CJCE estime que le droit des tiers intéressés à une analyse de marché s'apprécie globalement et non étape par étape de la procédure administrative et juridictionnelle », *Concurrences*, 2008, n. 2, p. 162-173. 228, 397

CJCE, 13 mars 2008, aff. jointes C-383/06 à 385/06, *Vereniging*, Rec. p. I-1563 193, 339, 402, 447

CJCE, 10 avril 2008, aff. C-309/06, *Marks & Spencer plc*., *Rec.* p. I-2283 MOSBRUCKER A-L., « Modalités de la répétition de l'indu », *Europe*, 2008, n. 171, p. 9-10. 193, 679

CJCE, 15 avril 2008, aff. C-268/06, *Impact*, *Rec.* p. I-2483 DRIGUEZ L., « Réglementation sur le recours aux contrats de travail à durée déterminée », *Europe*, 2008, Comm., n. 190, p. 21 ; O'MARA C., *Irish Employment Law Journal*, 2008, Vol.5, n. 1, p. 39-43 ; TURNER K., *Irish Employment Law Journal*, 2008, Vol.5, n. 3, p. 99-100. 135, 156, 240, 252, *284*, 293, 309, 313, 316, 318, 325, *328*, *332*, 373, 598, 604

CJCE, 24 avril 2008, aff. C-55/06, *Arcor AG*, I-02931 SIMON D., « Marge d'appréciation des États membres dans la mise en oeuvre d'un règlement », *Europe*, juin 2008, pp. 12-13 ; *Europe*, juillet 2008, pp. 12-13.

CJCE, 8 mai 2008, aff. C-14/07, *Weiss und Partner*, Rec. p. I-3367 RAYNOUARD A., *RJC*, 2008, pp. 312-314 ; CORNETTE F., *RCDIP*, 2008, pp. 682-688.

CJCE, 8 mai 2008, aff. jointes C-95/07 et C-96/07, *Ecotrade*, Rec. p. I-3457 508, 549

CJCE, 12 juin 2008, aff. C-462/05, *Commission contre Portugal*, Rec. p. I-4183 SIMON D., « Opposabilité par l'État membre poursuivi de l'autorité de la chose jugée d'un précédent arrêt de manquement », *Europe*, n. 8, août 2008, comm. 257.

CJCE, 25 juillet 2008, aff. C-237/07, *Janecek*, Rec. p. I-06221

CJCE, 3 septembre 2008, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil et Commission*, Rec. p. I-6351 53

CJCE, 25 novembre 2008, aff. C-455/06, *Heemskerk et Schaap*, Rec. p. I-8763 CAZET S., « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe*, n. 7, juillet 2009, pp. 4-8. 144, 389, 403, 432, 523, 541, 543

CJCE, 16 décembre 2008, aff. C-213/07, *Michaniki*, Rec. p. I-9999 95

CJCE, 18 décembre 2008, aff. C-349/07, *Sopropé*, Rec. p. I-10369 251, 338

CJCE, 15 janvier 2009, aff. C-281/07, *Hauptzollamt Hambourg-Jonas contre Bayerische Hypotheken*, Rec. p. I-91 KAUF-GAZIN F., *Europe*, n. 3, 2009, pp. 9-10. 193, 496

CJCE, 29 janvier 2009, aff. jointes C-278/07 à C-280/07, *Hauptzollamt Hambourg-Jonas contre Josef Volding Schalt*, Rec. p. I-457 KAUF-GAZIN F., *Europe*, n. 3, 2009, pp. 9-10. 193, 508

CJCE, 29 janvier 2009, aff. C-19/08, *Petrosian*, Rec. p. I-495

CJCE, 24 mars 2009, aff. C-445/06, *Danske Slagterier*, Rec. p. I-2119 SIMON D. et RIGAUX A., « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire revisitée, ou comment le problème technique de l'odeur sexuelle des porcs mâles non castrés conduit la Cour à trancher des questions fondamentales », *Europe*, mai 2009, pp. 5-8. 146, 167, *236*, 352, 492, 549, *558*, *675*

CJCE, 23 avril 2009, aff. jointes C-378/07, C-379/07 et C-380/07, *Agelidaki e. a.*, Non publié au Recueil.

CJCE, 30 avril 2009, aff. C-75/08, *Mellor*, Rec. p. I-3799 309, 599

CJCE, 30 avril 2009, aff. jointes C-9/08 et 393/07, *Donnici contre Parlement*, Non publié au Recueil 168

CJCE, 4 juin 2009, aff. C-8/08, *T-Mobile Netherlands e. a.*, Rec. p. I-4529 IDOT L., « Précisions de la Cour sur les échanges d'informations entre concurrents », *Revue des contrats*, n. 4, 2009, pp. 1401-1405. 40, 249

CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM*, Rec. p. I-4713 MICHEL V. et MEISTER M., « Clauses abusives », *Europe*, n. 8, août 2009, comm. 334. 250, 343, *531*, *538*

CJCE, 11 juin 2009, aff. C-429/07, *X BV*, Rec. p. I-4833

CJCE, 7 juillet 2009, aff. C-369/07, *Commission contre Grèce*, Rec. p. I-5703

CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-12/08, *Mono Car Styling SA*, Rec. p. I-6653 334

CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-69/08, *Raffaelo Visciano*, Rec. p. I-6741 152, 178, 213, *236*, 352, 549, 552

CJCE, 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08, *Rec.* p. I-2483 COUTRON L., chron., *RTD eur.*., 2010, p. 113 **;** SIMON D., « Autorité de chose jugée d'un arrêt national », *Europe*, 2009, n. 11, pp. 11-12. 22, 154, 179, 238, 391, 393, 397, 409, 422, 441, 448, 524, *645*, 655

CJCE, 8 septembre 2009, aff. C-478/07, *Budvar*, Rec. p. I-7721

CJCE, 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, Rec. p. I-9579 AUBERT DE VINCELLES C., *RTD eur*., 2010, p. 695 ; CHENEVIÈRE C., « Le caractère abusif des clauses attributives de compétence dans la lignée de la jurisprudence Oceano », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2010, n. 2, pp. 351-363 ; IDOT L., *Europe*, n. 12, décembre 2009, p. 32-33 ; JAROSSON C., « L'apport incertain de l'arrêt Asturcom », *Revue de l'arbitrage*, 2009, n. 4, pp. 813-826 ; SERAGLINI C., *JCP E*., 2010, n. 25, pp. 20-21 ; ULRICH GRAF B., APPLETON A. E., « ECJ Case C40/08 Asturcom-EU Unfair Terms Law Confirmed as a Matter of Public Policy », *Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage*, 2010, n. 28-2, pp. 413-418 22, 24, 132, 170, 199, 238, 250, 353, 482, 538, 539, 637

CJCE, 15 octobre 2009, aff. C-101/08, *Audiolux e. a.*, Rec. p. I-9823 12

CJCE, 29 octobre 2009, *Virginie Pontin*, aff. C-63/08, *Rec.* p. I-10467 CARPONNE V., *LPA*, 2010, n. 115, p. 24 ; CLAY T., *D*., 2009, p. 2959 ; COUTRON L., chron., *RTD eur.*, 2010, p. 113 ; HOUYET Y., « L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux », *JDE*, 2010, n. 167, pp. 69-76 ; IDOT L., obs., *Europe*, 2010, n. 12, pp. 32-33 ; MANARA C., obs., *Arbitrage adr*., n. 1671 ; MUSELA A., PEDONE P., « Une nouvelle étape en faveur du consommateur », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 2010, n. 2, pp. 471-488 ; PICOD F., « Non-conformité du droit applicable aux licenciements des femmes enceintes aux exigences de protection juridictionnelle et de non-discrimination », *JCP G*., 2009, n. 433, p.42 ; REMY CORBRAY P., « L'influence du droit communautaire sur l'office du juge », *RTD civ*., 2009, n. 9, pp. 684-688 ; SAUPHANOR-BROUILLAUD N., obs., *LEDC*, 2009, n. 11, p. 7. 87, 146, *153*, 168, *174*, 202, 206, 210, 211, 214, 226, 252, 283, 317, 333, 397, 409, 452, 592

CJUE, 30 novembre 2009, aff. C-357/09 PPU, *Kadzoev*, Rec. p. I-11189 468

2010

CJUE, 14 janvier 2010, aff. C-233/08, *Kyrian*, Rec. p. I-177 MICHEL V., *Europe*, n. 3, 2010, p. 21. 496

CJUE, 19 janvier 2010, aff. C-555/07, *Seda Kücükdeveci,* Rec. p. I-365 486, 620

CJUE, 21 janvier 2010, aff. C-472/08, *Alstom Power Hydro*, Rec. p. I-623 236, 549

CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales* SAL, aff. C-118/08 FREITAS DA COSTA C., *RDUE*, 2010, n. 2, pp. 369-375 ; SIMON, D., *Europe*, n. 3, 2010, pp. 15-16. 152, 162, 165, 173, 176, 202, 209, 211, 225, 496, 551

CJUE, 28 janvier 2010, aff. C-456/08, *Commission contre Irlande*, Rec. p. I-859 169, 339

CJUE, 28 janvier 2010, aff. C-264/08, *Direct Parcel Distribution Belgium*, Rec. p. I-731 679

CJUE, 28 janvier 2010, aff. C-406/08, *Uniplex*, Rec. p. I-817 338, 343

CJUE, 11 mars 2010, aff. C-1/09, *CELF*, Rec. p. I-2099 21, 344, 632

CJUE, 18 mars 2010, aff. jointes C-317/08 à C-320/08, *Rosalba Alassini e. a.*, Rec. p. I-2213 AUBRY H., POILLOT E., SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *D.*, 2011, p. 974 ; COUTRON L., *RTD eur.*, 2010, p. 599 ; FRICERO N., *D.*, 2011, p. 265 ; MICHEL V., *Europe*, n. 5, mai 2010, p. 36. 250, 260, 284, 290, *291*, 318, *321*, 327, 349, 351, 354, *367*, 373, 394, 426

CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08, *Rec.* p. I-2673 AUBERT M., BOUSSY E., DONNAT F., « Marchés publics de travaux – Exercice par une autorité publique de compétences d'urbanisme », *AJDA*, 2010, n. 17, pp. 947-948 ; MOSBRUCKER A.-L., *Europe*, 2010, n. 5, p. 29. 22, 324, 481

CJUE, 13 avril 2010, aff. C-91/08, *Wall*, Rec. p. I-2815 SIMON D., *Europe*, n. 6, juin 2010, pp. 21-23. 23, 128

CJUE, 15 avril 2010, *Barth*, aff. C-542/08, *Rec.* p. I-3189 CAVALINI J., « Droit social européen : autonomie procédurale et prescription des voies de droit », *JCP S.,* 2010, n. 25, pp. 37-39 ; LHERNOULD J.-P., GARDIN A., LAFUMA E., « Actualité de la jurisprudence européenne et internationale », *Revue de jurisprudence sociale*, 2010, n. 10, pp. 647-662 ; D. SIMON, *Europe*, 2010, n. 6, p. 11 ; ROBIN-OLIVIER S., « Primauté de l'autonomie procédurale sur les règles relatives à la libre circulation des travailleurs », *RTD eur.*, n. 3, 2011, pp. 612-614. 196, 211, *230*, 482, 549

CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki,* aff. jointes C-145/08 et C-149/08, *Rec.* p. I-04165 D. SIMON, « Applicabilité des 'directives recours' et effets des revirements de jurisprudence des tribunaux nationaux », *Europe*, 2010, n. 7, pp. 23-24 ; W. ZIMMER, « Contrat mixte et faculté pour les membres d'un groupement d'exercer un recours individuellement en vue d'obtenir réparation des préjudices qu'ils auraient subis du fait de leur éviction », *Contrats et Marchés publics*, 2010, n. 7, pp. 43-45. 212, 284, 325, 331

CJUE, 20 mai 2010, aff. C-56/09, *Emiliano Zanotti*, Rec. p. I-4517

CJUE, 20 mai 2010, aff. C-210/09, *Scott SA et Kimberly Clark contre Ville d'Orléans*, Rec. p. I-4613 MARKUS J.-P., « De l'incompatibilité d'une aide à la neutralisation de trois législations », *Dr. adm.*, septembre 2010, pp. 33-37 ; PETZOLD H. A., *European State Aids Quaterly*, février 2011, pp. 87-92. 21, 228, 248, 482, 632

CJUE, 22 juin 2010, aff. jointes C-188/10 et C-189/10, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, Rec. p. I-5667 AUBERT M., BROUSSY E., DONNAT F., « QPC et droit de l'Union », *AJDA*, 1578-1580 ; BURRI T, PIRKER B., *RDUE*, septembre 2010, pp. 647-651 ; CASSIA P. et SAULNIER-CASSIA E., « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D.*, 2010, p. 1234 ; GILLIAUX P., « Constitutionnalité et conformité au droit de l'Union. Question de priorité », *JDE*, novembre 2010, pp. 269-275 ; NOURISSAT C., « Question préjudicielle et question prioritaire de constitutionnalité : monologue de la Cour de cassation et de la Cour de justice », *Procédures*, octobre 2010, pp. 15-16 ; SIMON D., « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n. 5, mai 2010, étude 5 ; « Les juges et la priorité de la question prioritaire de constitutionnalité : discordance provisoire ou cacophonie durable ? », *RCDIP*, janvier 2011, pp. 1-20. 21, 88, 201, 215, 336, 605, 626

CJUE, 1er juillet 2010, aff. C-35/09, *Speranza*, Rec. p. I-6581 152, 344

CJUE, 8 juillet 2010, aff. C-246/09, *Susanne Bulicke*, Rec. p. I-7003 CAVALLINI J., « Contentieux du travail : autonomie procédurale et délais de forclusion », *JCP S*, n. 41, 2010, pp. 43-44. 146, 208, 211

CJCE, 8 septembre 2010, aff. jointes C-316/07, C-409–410/07 & C-358-360/07, *Stoß*, Rec. p. I-8069 416

CJUE, 8 septembre 2010, aff. C-409/06, *Winner Wetten*, Rec. p. I-8015

CJUE, 14 septembre 2010, aff. C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals*, Rec. p. I-8301 DE BAERDEMAEKER R., EVRARD L., « Arrêt *Akzo Nobel* : la confidentialité des avis juridiques internes à une entreprise – Analyse d'un avocat », *JDE*, n. 174, 2010, pp. 303-305. 169, 643

CJUE, 30 septembre 2010, aff. C-314/09, *Strabag e. a.*, Rec. p. I-8769 MEISTER M., « Précisions sur l'autonomie procédurale des États membres au titre de la directive 89/665/CE », *Europe*, n. 11, novembre 2010, p. 22. 492, 676

CJUE, 5 octobre 2010, aff. C-173/09, *Elchinov*, Rec. p. I-8889 BRIAND L., *Gaz. Pal.*, décembre 2010, pp. 15-16. 87, 620, *632*

CJUE (ordonnance), 16 novembre 2010, aff. C-76/10, *Pohotovost'*, Rec. p. I-11557, MEISTER M., « Variations sur l'obligation du relevé d'office des clauses abusives », *Europe*, n. 1, janvier 2011, comm. 29. 250, 402

CJUE, 21 octobre 2010, aff. C-570/08, *Lefkosias*, Rec. p. I-10131 MEISTER M., « Légitimation active des pouvoirs adjudicateurs », *Europe*, n. 12, décembre 2010, p. 29.

CJUE, 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *Penzugyi Lizing*, Rec. p. I-10847 250

CJUE, 25 novembre 2010, aff. C-429/09, *Günter Fuss*, Rec. p. I-12167 SIMON D., « Responsabilité des États membres », *Europe*, janvier 2011, pp. 13-14. 152, 338, 403, 497, 676

CJUE, 7 décembre 2010, aff. C-439/08, *VEBIC*, *Rec.* p. I-12471 DECOCQ G., « Les autorités de concurrence doivent pouvoir être partie les procédures dirigées contre leurs décisions », *Contrats, concurrence, consommation*, n. 2, 2011, pp. 24-25 ; IDOT L., « La cour de justice précise le principe d'autonomie procédurale et, par voie de conséquence, la place du droit national dans la mise en oeuvre des articles 101 et 102 du TFUE », *Revue des contrats*, n. 4, 2011, pp. 1201-1208 ; PRIETO C., *JDI*, n. 2, 2011, pp. 553-556. 22, 88, 249, 343, 351, 401, 467, 482

CJUE, 9 décembre 2010, aff. C-360/09, *Pfleiderer AG*, *Rec.* p. I-12845 BLAISE J.-B., *RTD eur.*, n. 4, 2011, pp. 844-846 ; IDOT L., « La cour de justice précise le principe d'autonomie procédurale et, par voie de conséquence, la place du droit national dans la mise en oeuvre des articles 101 et 102 du TFUE », *Revue des contrats*, n. 4, 2011, pp. 1201-1208 ; MASMI-DAZI E.F., ROSEAU 600

M., « L'arrêt Pfleiderer ou la mise en balance des intérêts protégés par la clémence avec le droit des victimes à réparation », *RLC*, n. 30, janvier 2012, pp. 146-151.

CJUE, 9 décembre 2010, aff. C-568/08, *Combinatie Spijker Infrabouw*, Rec. p. I-12655 DURVIAUX A. L., « Droit européen des marchés et autres contrats publics (1er janvier-31 décembre 2010) », *RTD eur*., n. 2, 2011, pp. 423-447 ; MEISTER M., « Responsabilité des pouvoirs adjudicateurs », *Europe*, février 2011, p. 30. 496, 676

CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, Rec. p. I-13693 158, 408

CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-304/09, *Commission contre Italie*, Rec. p. I-13903 169

CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-507/08, *Commission contre Slovaquie*, Rec. p. I-13489 SIMON D., « Autorité de la chose jugée d'une décision juridictionnelle nationale », *Europe*, n. 2, février 2011, comm. 39. 180, 642

CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-279/09, *DEB*, *Rec*. p. I-13849 OLIVER P., « Commentaire sous l'arrêt CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-279/09, DEB contre Allemagne », *CMLR*, 2011, n° 48, pp. 2023-2040. 12, *172*, 284, 294, 296, 301, 328, *328*, 349, 351, 395, 452

2011

CJUE (ordonnance), 18 janvier 2011, aff. C-272/10, *Berkizi-Nikolakaki*, Rec. p. I-3 146

CJUE, 8 mars 2011, aff. C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, *Rec*. p. I-1255 BÉTAILLE J., « Accès à la justice », *Revue juridique de l'environnement*, 2011, pp. 459-460 ; COUTRON L., « Sur une apparente lapalissade : les associations de protection de l'environnement doivent pouvoir... protéger l'environnement ! », *RTD eur*., 2011, pp. 819-823. 94, 284, *317*, 324, 329, 455, 489, 509, 511

CJUE, 31 mars 2011, aff. C-546/09, *Aurubis Balgaria AD*, *Rec*. p. I-2531

CJUE, 12 avril 2011, aff. C-235/09, *DHL Express contre Chronopost*, *Rec*. p. I-2801 21

CJUE, 3 mai 2011, aff. C-375/09, *Télé 2 Polska*, *Rec.* p. I-3055 BLAISE J.-B., « Règlement n. 1/2003. Autonomie procédurale et fonctionnement du réseau. Non-lieu à poursuivre la procédure », *RTD eur*., n. 4, 2011, pp. 841-844 ; GALANTE R., *RDUE*, n. 2, 2011, pp. 293-298 ; IDOT L., « La cour de justice précise le principe d'autonomie procédurale et, par voie de conséquence, la place du droit national dans la mise en oeuvre des articles 101 et 102 du TFUE », *Revue des contrats*, n. 4, 2011, pp. 1201-1208. 339

CJUE, 5 mai 2011, aff. C-305/09, *Commission contre Italie*, *Rec*. p. I-3225 NUCARA A., « A(nother) missed opportunity? », *European State Aid Law Quarterly*, 2012, pp. 631-635. 170

CJUE, 12 mai 2011, aff. C-115/09, *Trianel*, *Rec*. p. I-3673 COUTRON L., « Sur une apparente lapalissade : les associations de protection de l'environnement doivent pouvoir... protéger l'environnement ! », *RTD eur*., 2011, pp. 819-823 ; MICHEL V., « Droit au recours des associations de protection de l'environnement », *Europe*, juillet 2011, p. 35. 23, 152

CJUE, 12 mai 2011, aff. C-107/10, *Enel Maritsa Iztok 3 AD*, Rec. p. I-3873 399, 496, 632

CJCE, 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, Rec. p. I-3787 159

CJUE, 19 mai 2011, C-452/09, *Tonina Enza Iaia*, *Rec*. p. I-4043 MICHEL V., « Prescription », *Europe*, juillet 2011, pp. 12-13 23, 146, 558, 560

CJUE, 30 juin 2011, aff. C-262/09, *Wienand Meilicke*, Rec. p. I-5669 MOSBRUCKER A.-L., « Imposition des dividendes. Précisions sur la mise en œuvre d'un arrêt de la Cour sanctionnant le refus d'accorder un avoir fiscal pour les dividendes d'origine étrangère », *Europe,* 2011, août-sept., p.28-29. 162, 173, 237, 421, 449, 549, 554, *569*

CJUE, 12 juillet 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal*, Rec. p. I-6011 IDOT L., « Pour la première fois, la Cour de Justice précise les conditions dans lesquelles des produits revêtus de marques communautaires ou nationales peuvent être offertes à la vente sur une place de marché en ligne, en l'occurrence e-Bay », *Europe*, août-sept. 2011, Comm. n. 8-9, pp. 40-42 ; PICOD F., « eBay face aux prérogatives renforcées des titulaires de marques », *JCP G*, 2011, n. 29-34, p. 1441 ; SALSAS E. ; HÄRTING N., « Consequences for EU Member States », *Computer Law Review International*, 2011, n. 5, pp. 137-142 ; SMITS C. ; LIGOT J., « Arrêt 'L'Oréal' : clarifications sur le cadre légal des activités et des responsabilités des hébergeurs de sites internet, » *JDE*, 2011, n. 184, pp. 294-296 ; TERRÉ F., « Être ou ne pas être… responsable », *JCP G*, 2011, n. 43-44, pp. 1943-1948 ; TROIANIELLO A., *Droit de l'immatériel*, 2011, n. 75, pp. 6-10. 103, 489

CJUE, 14 juillet 2011, aff. C-303/09, *Commission contre Italie*, Rec. p. I-102 SIMON D., « Article 88, paragraphe 2, CE (devenu art. 108, § 2, TFUE) - Rappel des obligations des États membres en matière de récupération des aides publiques », *Europe*, août-sept. 2011, pp. 17-18. 170

CJUE, 6 septembre 2011, aff. C-398/09, *Lady & Kid*, Rec. p. I-7375 DE VOS N., « Unjust Enrichment Claim of National Authorities Restricted », *Review of European Administrative Law*, 2012, pp. 101-111 ; PICOD F., « Répétition de l'indu de taxes illégales et suppression de prélèvements », *JCP G,* 2011, n. 38, p. 1658 ; STRAND M., *CMLR*, 2012, pp. 381-399. 179, 403, 423, 432, 442, 449, 679, 682

CJUE, 8 septembre 2011, aff. jointes C-89/10 et C-96/10, *Q-Beef*, Rec. p. I-7819 SIMON D., « Répétition de l'indu », *Europe*, novembre 2011, pp. 9-11. 23, 402, *558*

CJUE, 8 septembre 2011, aff. C-177/10, *Francisco Javier Rosado Santana*, Rec. p. I-7907 ROBIN-OLIVIER S., « Politique sociale de l'Union européenne », *RTD eur*., 2012, pp. 476-497. 146, 208, 211, 214, 216, 397, 410, 437, 489

CJUE, 15 septembre 2011, aff. C-310/09, *Accor SA*, Rec. p. I-8115 MOSBRUCKER A.-L., « Imposition des dividendes », *Europe*, novembre 2011. 21, 632, 679, *682*

CJUE, 6 octobre 2011, aff. C-302/09, *Commission contre Italie*, Rec. p. I-146 CHASSAING É., « Aides d'État : impossibilité absolue de récupération et sursis à exécution prononcé par le juge national », *RLC*, 2012, n. 30, pp. 91-92. 170

CJUE, 13 octobre 2011, aff. C-454/09, *Commission contre Italie*, Rec. p. I-150 170

CJUE, 18 octobre 2011, aff. jointes C-128/09 à 131/09, C-134/09 et C-135/09, *Antoine Boxus*, Rec. p. I-9711 GOURITIN A., « Arrêt "Boxus" : les droits environnementaux procéduraux en cas d'adoption d'un projet susceptible d'avoir des incidences sur l'environnement », *JDE*, avril 2011, pp. 112-113 ; HERVÉ-FOURNEREAU N., « Obligation des États membres de garantir l'accès à la justice », *RTD eur*., 2012, pp. 49-51 ; KAUF-GAZIN F., « Validation législative dans le cadre de la Convention d'Aarhus et de la directive 85/337/CEE », *Europe*, décembre 2011, p. 41. 22, 343

CJUE, 20 octobre 2011, aff. C-94/10, *Danfoss*, Rec. p. I-9963 SIMON D., « Répétition de l'indu et responsabilité des États membres », *Europe*, n. 12, décembre 2011, pp. 15-16. 22, 152, 162, 679, 682

CJUE, 15 décembre 2011, aff. C-427/10, *Banca Antoniana Popolare Veneta*, Rec. p. I-13377 SIMON D., « Répétition de l'indu », *Europe*, février 2012, pp. 14-15. 550, 552, 555

CJCE, 21 décembre 2011, aff. C-482/10, *Teresa Cicala*, Rec. p. I-14139 599

2012

CJUE, 26 janvier 2012, aff. C-218/10, *ADV Allround*, Rec. num. LARCHÉ M., « Lieu d'imposition des prestations de service », *Europe*, n. 3, mars 2012, pp. 22-23. 66, 481

CJUE, 16 février 2012, aff. jointes C-72/10 et C-77/10, *Costa et Cifone*, Rec. num. HATZOPOULOS V., « Arrêt "Costa et Cifone" : les conditions pour la délivrance des autorisations en matière de jeux et paris », *JDE*, mai 2012, pp. 149-151.

CJUE, 28 février 2012, aff. C-41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*, Rec. num. AUBERT M., BROUSSY E., DONNAT F., « Maintien provisoire d'une norme nationale incompatible avec le droit de l'Union », *AJDA*, mai 2012, 995-996 ; LOCK T., « Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive?: Inter-Environnement Wallonie », *CMLR*, 2013, vol. 50, n. 1, pp. 217-230. 16, 22, 129, 387, *426*, 427, *429*, 431

CJUE, 1er mars 2012, aff. C-393/10, *O'Brien*, Rec. num. DRIGUEZ L., « Notion de travailleur au sens de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel », *Europe*, mai 2012, comm. n. 5, p. 214 ; LHERNOULD J.-P., « Des différentes techniques pour écarter leur droit à un traitement sans discrimination par rapport aux salariés à temps plein », *RJS*, 2012, p. 525-526. 158

CJUE, 15 mars 2012, aff. C-292/10, *G contre Cornelius de Visser*, Rec. num. CUNIBERTI G., « Arrêt "G. c. de Visser": influence de l'absence de domicile connu sur l'application du droit de l'Union », *JDE*, 2012, n. 190, p. 187-188 ; IDOT L., « Action contre le propriétaire d'un site Internet dont l'adresse est inconnue », *Europe*, avril 2012, comm. n. 4, p. 35 ; QUÉGUINER J.-S., « L'applicabilité du règlement Bruxelles I et les garanties procédurales fondamentales », *RLDA*, 2012, n. 74, p. 63-67. 22, 399, 607, 633

CJUE, 29 mars 2012, aff. C-500/10, *Belvedere Costruzioni*, Rec. num. AUBERT M., BROUSSY E., DONNAT F., « Chronique de jurisprudence de la CJUE. Respect du délai raisonnable », *AJDA*, 2012, p.9 96-997 ; GAZIN F., « Procédure fiscale », *Europe*, mai 2012, comm. n. 5, p. 213.

CJUE, 29 mars 2012, aff. C-243/10, *Commission contre Italie*, Rec. num. DERENNE J., « Manquement d'État », *Concurrences*, 2012, n. 3, pp. 168-169 ; GAZIN F., « Récupération des aides », *Europe*, mai 2012, Comm. 206. 170

CJUE, 29 mars 2012, aff. C-417/10, *3M Italia*, Rec. num. AUBERT M., BROUSSY E., DONNAT F., « Maintien provisoire d'une norme nationale incompatible avec le droit de l'Union », *AJDA*, mai 2012, 996-997 ; SIMON D., « Portée en droit national », *Europe*, mai 2012, pp. 15-16. 137, 139, 173, 215

CJUE, 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio*, Rec. num. IDOT L., « Droit d'auteur, atteinte à un droit exclusif et protection des données », *Europe*, juin 2012, comm. n. 6, p. 255.

CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *Invitel*, Rec. num. BOTTINO M., « Arrêt Invitel : l'effet ultra partes des clauses déclarées abusives », *REDC*, 2012, p. 587-594 ; KEIRSBILCK, B., « The erga omnes effect of the finding of an unfair contract term: Nemzeti », *CMLR*, 2013, p. 1467-1478 ; MEISTER M., « Clauses abusives », *Europe*, juin 2012, comm. n. 6, p. 257 ; PAISANT G., « Effets à l'égard des tiers d'une action en cessation d'une clause abusive intentée au nom des consommateurs par un organisme désigné par la législation hongroise », *JCP G*, 2012, n. 19, p. 960-961. 250

CJUE (ord.), 13 juin 2012, aff. C-156/12, *GREP*, Rec. num. LARCHÉ M., « Précisions sur le droit à l'assistance juridictionnelle », *Europe*, août 2012, comm. n. 294. 283, 295, 450

CJUE, 14 juin 2012, aff. C-618/10, *Banco Español de Credito*, Rec. num. COMBET M., « L'office du juge dans la lutte contre les clauses abusives : entre cohérence et protection du consommateur dans le marché intérieur », *RLDA*, décembre 2012, pp. 52-53 ; MEISTER M., note sous arrêt, *Europe*, n. 8, 2012, comm. 347 ; PAISANT G., « L'élargissement, par la CJUE, du pouvoir 22, 148, 152, 250, 499

d'office du juge et le refus de la révision d'une clause déclarée abusive », *JCP G*., n. 37, 10 septembre 2012, p. 975.s

CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-146/11, *Pimix*, Rec. num. BIANCHI D., « Chronique de jurisprudence 2012 de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue de droit rural*, 2013, n. 417, p. 17 ; GAZIN F., « Régime linguistique », Europe, octobre 2012, comm. n. 10, p. 18. 417, 635

CJUE, 12 juillet 2012, aff. jointes C-608/10, 10/11 et 23/11, *Südzucker*, Rec. num. 22, 352

CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-284/11, *EMS-Bulgaria Transport*, Rec. num. 225, 549, 550, 552, 554, 632

CJUE, 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE Építési*, Rec. num. MENJUCQ M., « Transformation transfrontalière : la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne ! », *JCP G*, octobre 2012, pp. 1834-1840.

CJUE, 19 juillet 2012, aff. C-591/10, *Littlewoods Retail Ltd*, Rec. num. GAZIN F., « L'étendue du versement des sommes dues par les États en violation du droit de l'Union européenne: le beurre et l'argent du beurre au service de l'efficacité du droit », *RMCUE*, 2013, p. 475-480 ; LARCHÉ M., « Répétition de l'indu », *Europe*, octobre 2012 comm. n. 10, p. 18-19 208, 211, 214, 249, 496, *592*

CJUE, 27 septembre 2012, aff. jointes C-113/10, 147/10 et 234/10, *Zuckerfabrik Jülich*, Rec. num. SIMON D., « Effet de la déclaration d'invalidité d'un règlement », *Europe*, novembre 2012, comm. n. 11, p. 19-20. 496, 592, 594

CJUE, 4 octobre 2012, aff. C-249/11, *Byankov*, Rec. num. CARLIER J.-Y., « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013, n. 197, p. 103-114 ; CORNELOUP S., « Illégalité d'une interdiction de sortie du territoire en cas de dette envers une personne privée », *RCDIP*, 2013, p. 515-518 ; COUTRON L., « La consécration prometteuse d'une nouvelle hypothèse de réexamen d'un acte administratif définitif non contesté en justice », *RTDE*, 2013, p. 304 ; SIMON D., « Obligation de rouvrir une procédure administrative définitive », *Europe,* décembre 2012, comm. n. 12, p. 12-13 16, 89, 128, *135*, 139, 146, 172, 427, 442, 445, 449, 513

CJUE, 18 octobre 2012, aff. C-603/10, *Pelati*, Rec. num. MOSBRUCKER A.-L., *Europe*, décembre 2012, comm. n. 12 p. 24-25 ; Thomas E., *Highlights & Insights on European Taxation*, 2013, n. 5, p. 15. *163,* 224, 284, 549

CJUE, 13 décembre 2012, aff. C-215/11, *Iwona Szyrocka*, Rec. num. GUINCHARD E., « Première jurisprudence européenne sur la première procédure civile européenne », *RTDE*, 2013, p. 335 ; IDOT L., « Compléments susceptibles d'être apportés au formulaire d'injonction de payer », *Europe*, février 2013, comm. n. 2, p. 49-50 ; NOURISSAT C., « Première interprétation de la CJUE concernant l'injonction de payer européenne », *Procédures*, n. 3-2013, comm. 73. 496

2013

CJUE, 15 janvier 2013, aff. C-416/10, *Križan e. a.*, Rec. num. AUBERT M., BROUSSY E., CASSAGNABÈRE H., « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *AJDA*, 2013, p. 338 ; CARIAT N., HOC A., « Arrêt 'Križan' : dans quelle mesure le juge national est-il tenu de poser une question préjudicielle? », JDE, 2013, n. 197, p. 97-98 ; PICOD F., « Un juge national peut ne pas respecter la position d'une cour constitutionnelle s'agissant du droit de l'Union », JCP G, 2013, n. 5, p. 195 ; SIMON D., « Notion de juridiction. Importantes précisions sur la recevabilité des renvois préjudiciels, ainsi que sur la faculté/obligation de renvoi d'office des juridictions suprêmes à la Cour de justice en dépit de l'obligation procédurale de respecter les appréciations de la juridiction constitutionnelle », *Europe*, mars 2013, comm. n. 3, p. 19-20. 166, 523, 661, 666, 667, 669

CJUE, 17 janvier 2013, aff. C-206/11, *Köck*, Rec. num. BOCHON A., « Arrêt 'Kock' : le contrôle préventif d'une pratique commerciale, *JDE*, 2013, n. 198, p. 149-150 ; BOUVERESSE A.,

« Liquidation : tout doit disparaître ! ! !... sauf l'appréciation du caractère déloyal d'une pratique commerciale, laquelle doit être conduite par les États membres au cas par cas », *Europe*, mars 2013, comm. n. 3, p. 35-36.

CJUE, 17 janvier 2013, aff. C-224/11, *BGŻ Leasing*, Rec. num. MOSBRUCKER A.-L., « Exonération de TVA. La refacturation des prestations d'assurance portant sur un bien fourni en crédit-bail est exonérée de TVA », *Europe*, mars 2013, comm. n. 3, p. 34.

CJUE, 17 janvier 2013, aff. C-23/12, *Mohamad Zakaria*, Rec. num. CARLIER J.-Y., « La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne », *JDE*, 2013 ; n. 197, p. 103-114 ; GAZIN F., « Contrôles d'identité. Obligation pour un État d'introduire des voies de recours à l'encontre de contrôles d'identité contraires au principe de dignité humaine », *Europe*, mars 2013, comm. n. 3, p. 22.

CJUE, 29 janvier 2013, aff. C-396/11, *Radu*, Rec. num. GAZIN F., « Mandat d'arrêt européen. La Cour circonscrit la portée du droit d'être entendu dans le cadre de l'émission d'un mandat d'arrêt européen afin d'éviter d'annihiler l'efficacité de cet instrument », *Europe*, mars 2013, comm. n. 3, p. 23-24 ; TINSLEY A., « The Reference in Case C-396/11 Radu: When does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant? », *Eur. Crim. L. Rev*., 2012, p. 338-352. 196

CJUE, 31 janvier 2013, aff. C-175/11, *D et A*, Rec. num. BERLIN D., « Qu'est ce qu'une juridiction ? », *JCP G*, 2013, n. 7 p. 313 ; GAZIN F., « Procédure d'obtention du statut de réfugié. De l'adaptation du principe de non-discrimination à raison de la nationalité aux contraintes de la politique d'asile ou l'obligation pour les autorités compétentes de respecter une simple « équité » de traitement... », *Europe*, mars 2013, comm. n. 3, p. 22-23 ; O'BRIEN K., *ERA-Forum*, 2013, p. 298-301.

CJUE, 20 février 2013, aff. C-472/11, *Banif Plus Bank*, Rec. num. DUPONT-LASSALLE J., « Office du juge national en matière de clauses abusives », *Europe*, n. 4, 2013, comm. 183 ; MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « La CJUE, le relevé d'office et les droits de la défense », *JCP E.*, n. 16, 18 avril 2013, p. 1226. 250, 285, 343, 398, 401

CJUE, 26 février 2013, aff. C-617/10, *Aklagaren contre Arkerberg Fransson*, Rec. num. LAVRANOS N., « The ECJ's Judgments in Melloni and Åkerberg Fransson: Un ménage à trois difficulté », *European Law Reporter*, 2013, p. 133-141 ; SKOURIS V., « Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson », *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 229-243 ; VAN BOCKEL B., WATTEL P., « New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson », *ELR*, 2013, p. 866-883. 15, 88, 336

CJUE, 26 février 2013, aff. C-399/11, *Melloni*, Rec. num. BRKAN M., « L'arrêt Melloni : nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *RAE*, 2013, p. 139-145 ; DE BOER N., « Addressing rights divergence under the Charter: Melloni », *CMLR*, 2013, p. 1083-1103 ; DUBOUT E., « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni », CDE, 2013, p. 293-317 ; GAZIN F., *Europe*, avril 2013, comm. n. 4, p. 23 ; LAVRANOS N., « The ECJ's Judgments in Melloni and Åkerberg Fransson: Un ménage à trois difficulté », *European Law Reporter*, 2013, p. 133-141 ; LEVADE A., « Mandat d'arrêt européen : quand confiance et reconnaissance mutuelles font obstacle au « sauf si » ! », *Constitutions*, 2013, p. 184-187 ; SKOURIS V., *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 229-243 ; VAN BOCKEL B., WATTEL P., « New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åkerberg Fransson », *ELR*, 2013, p. 866-883. 15, 246, 279, 280

CJUE, 28 février 2013, aff. C-334/12 RX-II, *Arango Jaramillo*, Rec. num. RIGAUX A., « Deuxième mise en œuvre de la procédure de réexamen », *Europe*, avril 2013 comm. n. 4, p. 21-22. 277, 349

CJUE, 14 mars 2013, aff. C-420/11, *Leth*, Rec. num. SIMON D., « Responsabilité des États membres », *Europe*, mai 2013, comm. n. 5, p. 12. 135

CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, *Mohamed Aziz*, Rec. num. COMBET M., « L'emprise du droit européen de la consommation sur le droit processuel des États membres », *Petites affiches*, 2013, n. 181-182, p. 11-15 ; MICHEL V., « Nouvelles précisions sur les pouvoirs du juge national pour l'appréciation des clauses abusives », *Europe*, mai 2013, comm. n. 5, p.3 4 ; MICKLITZ H., « Unfair Contract Terms – Public Interest Litigation Before European Courts », *Landmark cases of EU consumer law: in honour of Jules Stuyck*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 639-652 ; MORACCHINI-ZEIDENBERG S., « Clauses abusives : précisions procédurales et matérielles de la CJUE », *JCP E*, 2013, n. 23, p. 34-36. 146, 161, 166, 250, 339

CJUE, 15 mars 2013, aff. C-453/10, *Pereničová*, Rec. num. JACQUEMIN H., « Arrêt Pereničová : incidence d'une clause abusive sur la validité du contrat », *REDC*, 2012, p. 575-585 ; LEONE C., « Transparency revisited – on the role of information in the recent case-law of the CJEU », *ERCL*, 2014, p. 323-325 ; MEISTER M., « Clauses abusives », *Europe*, mai 2012, comm. n. 5, p. 221.

CJUE, 21 mars 2013, aff. C-613/11, *Commission contre Italie*, Rec. num.

CJUE, 11 avril 2013, aff. C-138/12, *Rusedespred*, Rec. num. MOSBRUCKER A.-L., « Remboursement de la TVA facturée à tort », *Europe*, juin 2003, comm. 271. 339, 632

CJUE, 11 avril 2013, aff. C-260/11, *Edwards*, Rec. num. BOUVERESSE A., « Notion de coût non prohibitif de la procédure », *Europe,* juin 2013, comm. n. 281, p. 39-40 ; PEDERSEN O. W., « The Price is Right: Aarhus and Access to Justice », *Civil Justice Quarterly,* 2014, p. 13-17. 284, 452, 509, 511

CJUE, 18 avril 2013, aff. C-565/11, *Mariana Irimie*, Rec. num. GAZIN F., « L'étendue du versement des sommes dues par les États en violation du droit de l'Union européenne : le beurre et l'argent du beurre au service de l'efficacité du droit », *RMCUE*, 2013, p. 475-480 ; VAN EIJSDEN A., « Repayment of taxes levied in breach of European Union law. Calculation of interest », *Highlights & Insights on European Taxation*, 2013, n. 7, p. 12-14. 166, 249, 292, 594

CJUE, 30 mai 2013, aff. C-488/11, *Asbeek Brusse*, Rec. num. AUBERT DE VINCELLES C., « Renforcement de la protection des consommateurs en matière contractuelle » *RTDE*, 2013, p. 559 ; BOUVERESSE A., « L'abus ne tolère pas la modération : le juge est tenu d'écarter la clause abusive », *Europe*, juillet 2013, comm. n. 7, p. 45-46. 132, 166, 197, 250, 337, 243

CJUE, 30 mai 2013, aff. C-397/11, *Joros*, Rec. num. BOUVERESSE A., « Clauses abusives. L'effectivité et l'équivalence des recours une nouvelle fois mises à l'honneur », *Europe*, juillet 2013, comm. n. 7, p. 46. 250, 489

CJUE, 30 mai 2013, aff. C-168/13 PPU, *Jeremy F.*, Rec. num. BONICHOT J.-C., « Le Conseil constitutionnel, la Cour de justice et le mandat d'arrêt européen », *D.*, 2013, p. 1805-1809 ; CHALTIEL TERRAL F., « Le dialogue se poursuit entre la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil constitutionnel », *Petites affiches*, 2013, n. 149, p. 4-14 ; LABAYLE H., MEHDI R., « Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013, p. 691-702 ; LEVADE A., « Premier arrêt sur renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel : ce que la Cour de justice dit... et ne dit pas », *Constitutions*, 2013, p. 189-194 ; MILLET F.-X., « How Much Lenience for How Much Cooperation? On The First Preliminary Reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice », *CMLR*, 2014, p. 195-218 ; ROUSSEAU D., « L'intégration du Conseil constitutionnel au système juridictionnel européen », *Gaz. Pal.*, 2013, n. 125 à 127, Jur. p. 13-16 ; SIMON D., « Réponse de la Cour de justice au renvoi préjudiciel historique du Conseil constitutionnel français : consécration du droit au recours juridictionnel, mais dans des limites complexes », *Europe*, juillet 2013, comm. n. 7, p. 22-23. 21, 215, 631

CJUE, 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Donau Chemie*, Rec. num. HIRST N., « National Rules Impeding Access to Antitrust Files Liable to Breach EU law », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, n. 6, p. 484-486 ; IDOT L., « La Cour précise la portée de l'arrêt Pfleiderer… », *Europe,* août 2013, comm. n. 8-9, p. 35-36 ; PICOD F. « Accès aux documents d'un programme de clémence », *JCP G*., 2013, n. 25, p. 1229. 166, 172, 173, 244, 248, 340, 600

CJUE, 18 juin 2013, aff. C-681/11, *Schenker*, Rec. num. GEORGIEVA C., « Arrêt Schenker : précisions importantes sur la portée du principe de confiance légitime et la compétence des autorités nationales de concurrence en matière d'application du droit de la concurrence de l'Union », *RLC*, 2013, n. 37, p. 63-66 ; IDOT L, « Entente et erreur sur l'existence d'une infraction », *Europe,* août 2013, comm. n. 8-9, p. 38-40 ; LACRESSE A., « Exonération de responsabilité », *Concurrences*, 2013, n. 3, p. 142-144 ; TEMPLE LANG J., « The Schenker judgment », *Competition Law Insight*, 2013, n. 11, p. 3-4 ; VON DANWITZ T., « Ignorantia Legis Non Excusat », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, n. 5, p. 389-390. 166, 215, 249, 340

CJUE, 27 juin 2013, aff. C-93/12, *Agrokonsulting*, Rec. num. COUTRON L., « Encadrement des règles de compétence territoriale des juridictions nationales », *RTDE*, 2014, p. 478 ; GAZIN F., « Droit à un recours effectif. Principe d'effectivité et principe d'équivalence », *Europe*, août 2013, n. 8, comm. 332. 129, 135, 216, 252, 285, 300, 329, *332*, 354, 389, 397, 402, 437, 444, 498, 632

CJUE, 10 septembre 2013, aff. C-383/13 PPU, *G. et R.*, Rec. num. AUBERT M., BROUSSY E., CASSAGNABÈRE H., *AJDA*, 2013, p.2307-2309 ; Gazin F., « Droit d'être entendu dans le cadre d'une rétention préparant un retour », *Europe,* novembre 2013, comm. n. 11, p.26-27 ; PASTOR J.-M., « La violation du droit des étrangers d'être entendus doit s'apprécier in concreto », *AJDA*, 2013, p.1717. 285

CJUE, 12 septembre 2013, aff. C-49/12, *Sunico e. a.*, n. e. p. PLATON S., *Dr. adm*., n° 4, avril 2014, chron. 4. 613

CJUE, 5 décembre 2013, aff. C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, Rec. num. 610

2014

CJUE, 16 janvier 2014, aff. C-429/12, *Pohl*, Rec. num. 173

CJUE, 27 février 2014, aff. C-470/12, *Pohotovost' II*, Rec. num. COUTRON L., Le maintien de la compétence préjudicielle de la Cour en dépit du désistement du requérant au principal, *RTD eur*., 2014, p. 907. 397, 410

CJUE, 13 mars 2014, aff. C-29/13, *Global Trans Lodzhistik*, n. e. p. 632, 646

CJUE, 9 mai 2014, aff. C-583/12, *Sintax Trading OÜ*, Rec. num. BOUVERESSE A., *Europe*, juin 2014, comm. 252. 89, 300

CJUE, 22 mai 2014, aff. C-56/13, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, Rec. num. 214

CJUE, 5 juin 2014, aff. C-146/14 PPU, *Mahdi*, Rec. num. 599, 632

CJUE, 3 juillet 2014, aff. jointes C-362/13, C-363/13 et C-407/13, *Fiamingo*, n. e. p.

CJUE, 10 juillet 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, n. e. p. D. SIMON, *Europe*, n° 10, octobre 2014, com. 371. 496, 512, 643

CJUE, 17 juillet 2014, aff. C-169/14, *Sánchez Morcillo et Abril García*, n. e. p. SIMON D., *Europe*, n. 10, octobre 2014, comm. 369 410, 452

CJUE (ord.), 17 juillet 2014, aff. C-654/13, *Delphi Hungary*, n. e. p.

CJUE, 17 juillet 2014, aff. C-338/13, *Noorzia*, n. e. p.

CJUE, 10 septembre 2014, aff. C-34/13, *Kušionová*, n. e. p. 539

CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-112/13, *A contre B*, n. e. p. 202

CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-19/13, *Fastweb*, n. e. p. BOUVERESSE A., *Europe*, n. 11, novembre 2014, comm. 458 ; PIETRI J.-P., *Contrats-Marchés pubics.*, 2014, comm. 307 469

CJUE, 5 novembre 2014, aff. C-166/13, *Mukarubega*, n. e. p. BROUSSY E., CASSAGNABÈRE H., GÄNSER C., *AJDA*, 2015, p. 329 ; SIMON D., « Droit d'être entendu », *Europe*, n° 1, janvier 2015, comm. 1. 633

CJUE, 18 décembre 2014, Avis 2/13, *Avis au titre de l'article 218, parapgrahe 11, TFUE*, n. e. p. LABAYLE H., SUDRE F., « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *RFDA*, 2015, p. 3 ; PICOD. F., « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *JCP G.*, n. 6, février 2015, 145 ; SIMON D., « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Europe*, n. 2, février 2015, étude 2. 53, 108, 371, 625

CJUE, 18 décembre 2014, aff. C-640/13, *Commission contre Royaume-Uni*, n. e. p., BERNARDEAU L., PEIFFERT O., *Droit fiscal*, n. 5, 5 février 2015, p. 126. 570

2015

CJUE, 21 janvier 2015, aff. C-482/13, C-484/13, C-485/13 et C-487/13, *Unicaja Banco*, n. e. p.

CJUE, 22 janvier 2015, aff. C-463/13, *Stanley International Betting et Stanleybet Malta*, n. e. p.

CJUE, 28 janvier 2015, aff. C-417/13, *Starjakob*, n. e. p.

CJUE, 12 février 2015, aff. C-567/13, *Nóra Baczó*, n. e. p. 605, 610

CJUE, 12 février 2015, aff. C-662/13, *Surgicare*, n. e. p.

CJUE, 12 mars 2015, aff. C-538/13, *eVigilo*, n. e. p.

CJUE, 19 mars 2015, aff. 510/13, *E.ON Földgáz Trade Zrt*, n. e. p.

CJUE, 16 avril 2015, aff. C-570/13, *Gruber*, n. e. p.

CJUE, 9 septembre 2015, aff. C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito e.a* , n. e. p. 624, 638

CJUE, 1er octobre 2015, aff. C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*, n. e. p. 147

CJUE, 6 octobre 2015, aff. C-61/14, *Orizzonte Salute*, n. e. p. ECKERT G., « Droit à un recours effectif et montant des frais de justice », *Contrats et marchés publics*, n. 12, décembre 2015, comm. 296 ; NOGUELLOU R., « Recours en matière de marchés publics : coût des voies de recours », *RDI*, 2015, p. 532.

CJUE, 6 octobre 2015, aff. C-69/14, *Târşia*, n. e. p. 638

CJUE, 15 octobre 2015, aff. C-310/14, *Nike European Operations Netherlands*, n. e. p. 68

CJUE, 29 octobre 2015, aff. C-8/14, *BBVA*, n. e. p. 551

CJUE, 11 novembre 2015, aff. C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen*, n. e. p.

II – Cour européenne des droits de l'homme

1970

CEDH, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, 4451/70 *350*, 364

CEDH, 13 juin 1979, *Marckx contre Belgique*, 6833/74 352, 546

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey contre Irlande*, 6289/73 351, 425

1980

CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere contre Belgique*, 7238/75 351, 368

CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Série A, n° 45, 7525/76 GACEDH, n° 37 546

CEDH, 13 juillet 1983, *Zimmermann et Steiner contre Suisse*, 8737/79 351

CEDH, 12 février 1985, *Colozza contre Italie*, 9024/80 361

CEDH, 21 février 1986, *James et a. contre Royaume-Uni*, 8793/79 361

1990

CEDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner contre Royaume-Uni*, 9310/81 425
TAVERNIER P., *JDI*, 1991, p 774.

CEDH, 24 novembre 1993, *Imbrioscia contre Suisse*, 13972/88 351

CEDH, 26 mai 1994, *Keegan contre Irlande*, 16969/9 351

CEDH, 9 décembre 1994, *Les Saints Monastères contre Grèce*, 13092/87 et 13984/88 351

CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, 13427/87 352

CEDH, 24 février 1995, *McMichael contre Royaume-Uni*, 16424/90 356

CEDH, 22 octobre 1996, *Stubbings contre Royaume-Uni*, 22083/93 et 22095/93 352

CEDH, 18 février 1997, *Nideröst-Huber contre Suisse*, 18990/91 351

CEDH, 22 octobre 1997, *Papageorgiou contre Grèce*, 24628/94 352

CEDH, 23 octobre 1997, *National and Provincial Building Society contre Royaume-Uni*, 117/1996/736/933–935 433
TAVERNIER P., *JDI*, 1998, p. 225.

CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal, Gonzalez et al. contre France*, 24846/94 352

2000

CEDH, 11 janvier 2001, *Platakou contre Grèce*, 38460/97 352

CEDH, 21 novembre 2001, *Fogarty contre Royaume-Uni*, 37112/97 J.-F. FLAUSS, D., 2003, p. 1246 ; O. DE FROUVILLE, JDI, 2002, p. 273 ; I. PINGEL, RGDIP, 2002, p. 893 ; et F. SUDRE, JCP G., 2002, I, p. 105 292, 426

CEDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding contre Ukraine*, 48553/99 352

CEDH, 9 octobre 2003, *Acimovic contre Croatie*, 61237/00 352

CEDH, 22 décembre 2004, *Androne c. Roumanie*, 54062/00 352

CEDH, 11 janvier 2005, *Musumeci contre Italie*, 33695/96 352

CEDH, 26 mai 2005, *Zadro contre Croatie*, 25410/02 352

CEDH, 26 mai 2005, *Peic contre Croatie*, 16787/02 352

CEDH, 6 décembre 2007, *Sampsonidis contre Grèce*, 2834/05 352

2010

CEDH, 31 mars 2011, *Chatellier contre France*, 34658/07 FRICERO N., *Procédures*, n° 5, mai 2011, comm. 171. 599

CEDH, 26 mai 2011, *Legrand contre France*, 23228/08 PICHERAL C., « Admission de l'application rétroactive d'un revirement de jurisprudence », *JCP G*, n. 25, 20 juin 2010, p. 730. 352

CEDH, 20 septembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek contre Belgique*, 3989/07 et 38353/07 MILANO L., *JCP G*, 2011, p. 1369. 623

CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud contre France*, 12323/1 BURGORGUE-LARSEN L., *AJDA*, 2013, p. 165. 623

CEDH, 2 octobre 2014, *Hansen contre Norvège*, 5319/09 FRICERO N., *Procédures*, n° 2, février 2015, comm. 43. 599

III – Juridictions françaises

A. Conseil constitutionnel

2000

CC, 27 juillet 2006, n. 2006-540 DC, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information* LEVADE A., « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, 2007, p. 564 ; VERPEAUX M., *JCP G*., n. 16, 18 avril 2007, II 10066. 630

CC, 4 avril 2013, n. 2013-314 QPC, *Jeremy F.* LABAYLE H., MEHDI R., « Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 2013, p 691 ; ROUX J., « Premier renvoi préjudiciel du Conseil constitutionnel à la Cour de justice et conjonction de dialogues des juges autour du mandat d'arrêt européen », *RTDE*, 2013, p. 531 ; SIMON D., « Il y a toujours une première fois », *Europe*, n. 5, mai 2013, étude 5 21, 215, 631

B. Juridictions de l'ordre administratif

1. Tribunal des conflits

TC, 16 juin 1923, req. n. 0732, *Septfonds contre Compagnie des Chemins de Fer du Midi*, HAURIOU M., *S*., 1923, III, p. 49 *608*

TC, 5 juillet 1951, req. n. 1187, *Avranches et Desmarets* 608

TC, 26 mai 1954, *Sté des hauts fourneaux de la Chiers* 608

1990

TC, 19 janvier 1998, req. n. 98-03084, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)* 497

TC, 7 décembre 1998, req. n 3123, *District urbain de l'agglomération rennaise contre Société des Automobiles Citroën* 608

2010

TC, 17 octobre 2011, req. n. 3828, *SCEA du Chéneau* LEVADE A., « La spécificité du droit de l'Union européenne réaffirmée », *Constitutions*, 2012, p. 294 ; MELLERAY F., « Que reste-t-il de la jurisprudence Septfonds ? », *Droit administratif*, janvier 2012, comm. n. 10 ; PLESSIX B., « Compétence incidente du juge judiciaire en matière d'appréciation de la légalité des actes administratifs », *JCP G*, n. 51, 19 décembre 2011, p. 1423 ; RITLENG D., « Le juge français se veut bon élève de l'Union », *RTDE*, 2012, p. 135 ; SEILLER B., « L'appréciation de la légalité d'actes administratifs par les tribunaux judiciaires non répressifs », *RFDA*, 2011, p. 1129 ; SIMON D., « La fin d'un tabou : l'arrêt Sptefonds ébranlé par les contraintes du droit de l'Union », *Europe*, novembre 2011, repère 10. 601, 608, 610, 615, 633

TC, 17 juin 2013, req. n. 3911, *Bergoend* 608

2. Conseil d'État

1930

CE, 10 janvier 1930, req. n. 97263, *Despujol* 656

1960

CE, 19 juin 1964, *Société des Pétroles Shell-Berre* 628

CE *sec.*, 27 janvier 1967, req. n. 58122 et 58123, *Syndicat national des importateurs français en produits laitiers et avicoles*

1970

CE, 10 juillet 1970, req. n. 76643, *Synacomex* 627

CE, 7 janvier 1972, req. n. 82373, *Élections au Conseil de l'Unité d'enseignement et de recherche des lettres et sciences humaines de l'Université de Limoges*

CE, 18 janvier 1974, req. n. 81660, *Union des minotiers de Champagne* 627

1980

CE, 3 février 1989, req. n. 74052, *Compagnie Alitalia* BEAUD O. et DUBOUIS L., *RFDA*, 1989, p. 391 ; O. FOUQUET, *AJDA,* 1989, p. 387. 461, *655*

1990

CE, 11 janvier 1991, req. n. 90995, *SA Morgane* HONORAT E. et SCHWARZ R., *AJDA*, 1991, p. 111 ; CHAHID-NOURAÏ N., *RAE*, n. 1, 1992, p. 105. 535

CE, 17 février 1992, req. 106905, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés*

CE, 1er octobre 1993, req. n. 91742, *Fédération nationale de la propriété agricole*

CE, 1er juin 1994, req. n. 129727, *Letierce* ORSONI G., *RTD com*., 1994, p. 707. 627

CE, 4 juillet 1994, req. n. 129898, *Commune de Vaujany*

CE, 10 juillet 1995, req. n. 124929, *Syndicat des embouteilleurs de France*

CE, 6 mai 1996, req. n. 133859, *E.A.R.L. du domaine d'Albareto*

CE, 30 octobre 1996, req. n. 141043, *SA Jacques Dangeville* CASSIA P., « Le Conseil d'État et les directives communautaires », *Les Petites Affiches*, 28 octobre 1997, n. 128, p. 17. 397

CE, 30 octobre 1996, req. n. 45126, *Cabinet Revert et Badelon*

CE, 30 octobre 1998, req. n. 149663, *ville de Lisieux*

CE, 9 décembre 1998, req. n. 97746 et 97747, *Ville d'Amiens* 598

CE, 8 février 1999, req. n. 176779, *Fédération des associations de protection de l'environnement et de la nature des Côtes d'Armor*

CE, 19 mai 1999, req. n. 157675, *Région du Limousin* SAULNIER-CASSIA E., *Europe*, octobre 1999, n. 324. 598

CE, 3 décembre 1999, req. n. 207434, *Didier* 19

2000

CE, 9 mai 2001, req. n. 210944, *Entreprise Freymuth*

CE, 29 janvier 2003, req. n. 246829, *Lucet* *Europe,* 2003, comm. 170. 658

CE, 4 février 2005, req. n. 299551, *Société JT International GmbH* CASSIA P., *Europe*, n. 4, avril 2005, p. 10. 658

CE Ass., 24 mars 2006, req. n. 288460 et s., *Société KPMG et Société Ernst & Young*, Lebon 154, GAJA n. 117 SIMON D., « Les juges européens et le droit de la transition », *in Repenser le « droit transitoire »*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 75-96. 635

CE, 29 mars 2006, req. n. 279923, *CELF* GLATT J.-M., « Les difficultés de la récupération des aides indûment allouées », *LPA*, n. 132, 2006, pp. 20-22.

CE, 13 décembre 2006, req. n. 287845, *Madame Lacroix*, Lebon 541 BUI XAN O., *D.*, 2007, p. 72 ; GUETTIER C., *RDP*, 2007, p. 590.

CE, 8 février 2007, req. n. 287110, *Société Arcelor Atlantique* GAUTIER M. ET MELLERAY F., « Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? À propos des arrêts d'assemblée du 8 février 2007 », *Dr. adm*, 2007, Étude 7. 629

CE, 8 février 2007, req. n. 279522, *Gardedieu* D. POUYAUD, *RFDA*, 2007, p. 525, ; M. CANEDO-PARIS, *RFDA*, 2007, p. 789 ; P. CASSIA, *AJDA*, 2007, p. 1097 ; M. GAUTIER ET F. MELLERAY, « Le Conseil d'État et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? », *Dr. adm*, 2007, Étude 7 ; B. PLESSIX, *JCP G,* 2007, I, 166 ; F. POIRAT, *RGDIP,* 2007, p. 488 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *RTD civ*., 2007, p. 297 ; LEMAIRE, *RTDH,* 2007, p. 907. 678

CE, 3 octobre 2008, req. n. 305420, *SMIRGEOMES* BONNET B., LALANNE A., « Une révolution dans le référé précontractuel », *Droit administratif*, n. 11, novembre 2008, comm. 154 ; KALFLÈCHE G., *Europe*, n. 2, février 2009, chron. 1. 598

CE, 3 juillet 2009, req. n. 317075, *Ministre du budget contre Accor* MEIER É., TORLET R., « Le précompte : incompatibilité avec le droit communautaire ? », *Dr. fisc*., n. 30, 23 juillet 2009, comm. n. 430.

CE, 30 octobre 2009, req. n. 298348, *Mme Perreux* 461

2010

CE, 14 mai 2010, req. n. 312305, *Rujovic* SIMON D., RIGAUX A., « Le feuilleton de la question prioritaire de constitutionnalité : Drôle de drame, Quai des brumes, le jour se lève ? », *Europe*, n. 6, juin 2010, repère 6.

CE, 16 juin 2010, req. n. 340250, *Diakité* CASSIA P., « Le juge administratif des référés, la QPC et le droit de l'Union européenne », *JCP G*., n. 26, 28 juin 2010, comm. 739.

CE, 23 mars 2012, req. n. 331805, *Fédération Sud Santé sociaux,* MELLERAY F., « Nouveau recul des questions préjudicielles », *Dr. Adm*., n. 6, juin 2012, comm. 56. 609

CE, 4 juin 2014, req. n. 370715

CE, 23 juillet 2014, req. n° 349717, *Octapharma*, PLATON S., *Dr. Adm*., n. 8-9, août 2015, p. 5. 633

CE, 3 décembre 2014, req. n° 367822 535

3. Cours administratives d'appel

1990

CAA Bordeaux, 9 juillet 1991, *Letierce*

2000

CAA Paris, 2e ch. A, 1er juin 2005, req. n. 00PA03825, *Julien*, P. TROUILLY, *AJDA,* 2005, p. 1948. 535

CAA Versailles, 20 mai 2008, req. n. 07VE00530, *Ministre du budget contre Accor*

2010

CAA Paris, 7 février 2013, req. n. 11PA00070 535

CAA Nantes, 12 juin 2014, req. n. 13NT02635 633

4. Tribunaux administratifs

1980

TA Paris, 25 juin 1987, *SA Morgane*

1990

TA Grenoble, 19 juin 1991, *Commune de Vaujany*

C. Juridictions de l'ordre judiciaire

1. Cour de cassation

1960

Cass. *crim*., 29 juin 1966, pourvoi n. 64-93745, *Deroche* 461

Cass. crim., 5 janvier 1967, pourvoi n. 65-93567, Bull. Crim. N. 8 627

1980

Cass. *soc*., 7 juillet 1981, pourvoi n. 80-10793, Bull. Soc. N. 659 627

Cass. *ch. mixte*, 6 juillet 1984, pourvoi n. 80-12965, *Fondation Carl Zeiss*, Bull. 1984, Ch. mixte, n. 1 692

Cass. *com*., 3 janvier 1985, pourvoi n. 83-10784, *Simon Frères*, *Bull*. 1985 IV n. 5 p. 4

Cass. *com*., 9 octobre 1985, pourvoi n. 83-17380, *Les fils de Jules Bianco*, *Bull*. 1985 IV n. 234 p. 196 692

Cass. *com*., 22 novembre 1988, pourvoi n. 83-17380, *Les fils de Jules X*., *Bull*. 1988 IV n. 315 p. 211 692

1990

Cass. *com*., 3 avril 1990, *Bull. civ*., 1990 IV n° 107, p. 71 693

Cass. *com*., 23 novembre 1993, pourvoi n. 91-18792, *Barton et Guestier*, *Bull*. 1993 IV n. 423 p. 306 692

Cass. *com*., 1er mars 1994, pourvois nos. 91-16751 91-16800, *Mumm*, *Bull*. 1994 IV n. 89 692

Cass. *com*., 29 mars 1994, pourvoi n. 91-22334, *UDG France*, *Bull*. 1994 IV n. 130 p. 100 692

Cass. *com*., 7 mars 1995, pourvoi n. 93-11050, *Simon Frères*

Cass. *ass. plén*., 30 juin 1995, pourvoi n. 95-13035, *M. X*., *Bull*. A. P. 1995 p. 5

Cass. *com*., 6 mai 1996, pourvoi n. 94-13347, *France Télécom*, *Bull*. 1996 IV n. 125 p. 109 608

Cass. *com.*, 9 juillet 1996 , pourvoi n. 94-11351 et 94-11428, *Chaussures André*, *Bull*. 1996 IV n. 213 p. 184 558

Cass. *com.*, 9 juillet 1996 , pourvoi n. 94-21476, *Sté Sanofi Recherche, Bull.* 1996 IV n. 212 p. 183 558

Cass. *com.*, 9 juillet 1996 , pourvoi n. 94-17414, *CIPEC, Bull.* 1996 IV n. 211 p. 182 558

Cass. *com*., 1er avril 1997, pourvoi n. 95-10.235, *Société Guyenne et Gascogne*, *Bull*. 1997 IV n. 93 p. 82 578

Cass. *com*., 8 juillet 1997, pourvoi n. 95-15087, *Versele Laga Centre*, *Bull*. 1997 IV n. 223 p. 193 *692*

C. cass., *Ass. plén*., 5 février 1999, *Oury*, *Bull. A. P.* 1999 n. 1 p. 1 19

2000

Cass. *com*., pourvoi n. 98-12878, 14 juin 2000, *Roquette*, *Bull*. 2000 IV n. 123, p. 111 637

Cass. *com*., 5 juin 2001, pourvoi n. 98-46422, *Lainière de Roubaix*, *Bull*. 2001 V n. 208 p. 165

Cass. *com*., 8 octobre 2002, pourvoi n. 99-16879, *La Redoute France*, *Bull*. 2002 IV n. 141 p. 159 692, 694

Cass. *com*., 31 mars 2004, pourvoi n. 00-10901, *Rioglass*, *Bull*. 2004 IV n. 66 p. 68

Cass. *com*., 14 décembre 2004, pourvoi n. 02-17012, *Pharma-Lab*, *Bull*. 2004 IV N. 225 p. 254 *Gaz. Pal.*, n. 142, 2005, pp. 29-30 ; Chevrier É., « L'autonomie procédurale en droit de la concurrence. La pertinence des mesures conservatoires s'apprécie-t-elle par rapport au droit interne ou au droit communautaire ? », *Recueil Dalloz*, n. 1, 2005, pp. 72-73 ; FREGET O. et HERRENSCHMIDT F., « Les mesures conservatoires devant le Conseil de la concurrence : la 'procédure conservatoire' en question ? (suite et fin) », *Lamy Droit économique*, n. 187, 2005, pp. 1-9 ; MALAURIE-VIGNAL M., *Contrat – concurrence – consommation*, n. 3, 2005, p. 19 ; POILLOT-PERUZZETTO S., *Contrat – concurrence – consommation*, n. 3, 2005, p. 22-24 ; VILMART C., *JCP E*, n. 12, 2005, pp. 527-530. 82

Cass. *com*., 8 mars 2005, pourvoi n. 00-22093, *Coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région*, *Bull*. 2005 I n. 112 p. 96 627

Cass. *com.*, 23 mai 2006, pourvoi n. 04-17765, *Comateb*, Non publié au Bulletin 689

Cass. *ass. plén*., 7 juill. 2006, pourvoi n. 04-10.672, *Cesareo c/ Cesareo* PERROT R., *Procédures*, n. 10, octobre 2006, comm. 201. 637

Cass. *com*., 3 juin 2008, pourvois n. 07-17147 et 07-17196, *Sony*, *Bull*. 2008, IV, n. 112 BOURSIER-MAUDERLY M.-E., GHOZIA A., QUÉTAND C., « Chronique de droit pénal de l'entreprise n. 2 (octobre 2008) » *LPA*, n. 216, 2008, pp. 6-23.

Cass. *com*., 23 septembre 2008, pourvoi n. 06-20945, *Ecomax*

2010

Cass., 16 avr. 2010, pourvoi n. 10-40.002, *Abdeli et Melki* CASSIA P. et SAULNIER-CASSIA E., « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité », *D*., 2010, p. 1234 ; GILLIAUX P., « Constitutionnalité et conformité au droit de l'Union. Question de priorité », *JDE*, novembre 2010, pp. 269-275 ; NOURISSAT C., « Question préjudicielle et question prioritaire de constitutionnalité : monologue de la Cour de cassation et de la Cour de justice », *Procédures*, octobre 2010, pp. 15-16 ; SIMON D., « Drôle de drame : la Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Europe*, n. 5, mai 2010, étude 5. 614

Cass. *ass. plén*., 7 janvier 2011, pourvois n. 09-14316 et 09-14667, *Philipps France*, *Bull*. 2011 Ass. n. 1 RUY B., « Pratiques anticoncurrentielles et preuve par enregistrements sonores subreptices : la fin du feuilleton », JCP G, n. 8, 2011, pp. 373-375.

Cass. *com*., 13 décembre 2011, pourvoi n. 10-28088, *Puma France*

2. Cours d'appel

1980

CA Lyon, 19 octobre 1983, *Les fils de Jules Bianco*

CA Paris, 21 décembre 1989, *Barton et Guestier*

1990

CA Paris, 28 février 1991, *Mumm*

CA Toulouse, 29 octobre 1991, *UDG France*

CA Bordeaux, 1ère ch., 1er janvier 1992, *Simon Frères*

CA Paris, 7 février 1994, *France Télécom*

CA Versailles, 15 octobre 1998, *Lainière de Roubaix*

CA Paris, 21 mai 1999, *La Redoute France*

CA Bordeaux, 22 novembre 1999, *Rioglass*

2000

CA Aix-en-Provence, 21 septembre 2000, *Coordination des pêcheurs de l'étang de Berre et de la région*

CA Paris, 26 juin 2002, *Pharma Lab*

CA Lyon, 18 décembre 2002, *Crédipar*

CA Paris, 23 mai 2006, *DBS*

CA Paris, 19 juin 2007, *Sony*

CA Paris, 29 avril 2009, *Philipps France*

2010

CA Lyon, 7 octobre 2010, *Puma France*

3. Tribunaux de grande instance

1980

TGI Bordeaux, 1ère ch., 22 novembre 1982, *Simon Frères*

1990

TGI Guéret, 21 mars 1995, *Versele Laga Centre*

INDEX DES AUTEURS CITÉS

A

Aalto P., 362, 363, 497, 501, 608
Abraham R., 621
Accetto M., 17, 24, 47, 48, 57, 58, 72, 80, 88, 114, 131, 172, 175, 181, 203, 235, 246, 249, 319, 321, 328, 329, 374, 378
Adinolfi A., 49, 148, 150, 167, 168, 173, 178, 179, 279, 321, 373, 604
Administration indirecte, 43, 524, 605
Afilalo A., 610
Aide juridictionnelle, 524
Alemanno A., 25, 544
Allott P., 594
Alter K. J., 56, 65, 594
Amilhat M., 619
AMPHOUX J., 532
Amtenbrink F., 594
Anagnostaras G., 46, 548, 610
Andersen R., 132, 590
Andriantsimbazovina J., 264, 265, 604
Antoine A., 29, 255, 356, 555, 585, 587
Application uniforme, 524
Ardant P., 363, 595, 608
Arendt E., 168, 369, 590
Arletaz J., 343, 585
Armati L., 21, 22, 43, 57, 66, 224, 275, 590
Arnold R., 199, 591, 610
Arnull A., 42, 82, 128, 211, 212, 214, 225, 236, 237, 242, 388, 417, 536, 548, 587, 588, 599, 604, 607, 610
Atias C., 621
AUBERT DE VINCELLES C., 551, 559, 610
Aubry H., 219, 552, 610
Auby J.-B., 16, 22, 79, 150, 177, 194, 195, 446, 520, 537, 538, 591, 603, 604, 605, 606, 610, 612
Azoulai L., 42, 296, 354, 585, 588, 593, 594, 598, 603, 604, 610, 621, 626

B

Bacci B., 621
Bailleul D., 621
Bailleux J., 67, 548, 582
Bambust I., 610
Baquero Cruz J., 610
Barav A., 17, 21, 71, 84, 138, 142, 163, 168, 171, 175, 218, 235, 285, 362, 369, 375, 388, 469, 495, 496, 538, 588, 591, 602, 603, 604, 611
Barbato J.-C., 19, 20, 625
Barbier de la Serre É., 611, 612
Barbier-Le Bris M. Le, 16, 21, 604
Barbou des Places S., 305, 598
Barents R., 591
Basedow J., 604
Batiffol H., 628, 629
Baumé T. et Bourgeois J., 72, 611, 616
Baut-Ferrarèse B. Le, 16, 21, 388, 603
Bay Larsen L., 598
Baynast (de) O., 590
Bazex M., 454, 611, 621
BEBR G., 537
Béchillon M. de, 200, 201, 514, 582
Belorgey J.-M., 213, 544, 545, 621
Bengoetxea J., 75, 210, 225, 585, 591
Benoît-Rohmer F., 46, 583, 586
Benyekhlef K., 582
Bergé J.S., 608, 611
Bergel J.-L., 105, 106, 200, 202, 228, 582
Bergerès C., 594
Berlin D., 63, 255, 537, 558, 607, 616
Bermann G. A., 80, 279, 591, 598
Bernard E., 16, 21, 106, 107, 202, 205, 252, 315, 419, 546, 598, 621, 625
Bernard N., 16, 21, 106, 107, 202, 205, 252, 315, 419, 546, 598, 621, 625
BERR C. J., 540, 548, 594, 611
BERR G., 540, 548, 594, 611
Berrada S., 80, 598

BERROD F., 543, 588
Bertrand B., 80, 84, 180, 295, 296, 299, 325, 337, 388, 582, 585, 591, 595, 599, 603, 622, 626
Betlem G., 356, 358, 591, 595
Bettati M., 591
Bezzina A.-C., 621
Biancarelli J., 621
Bichot J., 603
Bieber R., 591
Billarant S., 629
Bindels R., 25, 544
Biondi A., 25, 180, 363, 432, 544, 604, 606, 608, 611, 612, 614, 616, 617
Blanchet D., 500, 621
Blanquet M., 40, 41, 50, 112, 113, 587, 594, 599
Blumann C., 40, 41, 44, 204, 205, 212, 296, 357, 548, 591, 595, 599
Bobek M., 16, 22, 54, 56, 57, 66, 603, 604
Bogdandy A. Von, 594, 595
Boisvilliers P.-D. de, 306, 611
Bon déroulement de la procédure, 524
Bonichot J.-C., 71, 72, 79, 118, 143, 144, 344, 345, 347, 358, 360, 493, 496, 537, 559, 591, 592, 604, 611, 619, 622, 626
Bonne administration de la justice, 524
Boskovits K., 39, 597
Bouche N., 628
Boulouis J., 17, 29, 43, 71, 80, 503, 539, 588, 596, 599, 602, 604, 606, 614
Boussard S., 619
Bouty C., 622
Bouveresse A., 78, 80, 226, 557, 559, 560, 582
Brant L. N., 478, 628
Bratza N., 221, 229, 626
Bribosia H., 80, 465, 589, 599
Bridge J., 604
Broussy E., 18, 118, 124, 481, 546, 547, 548, 549, 553, 556, 557, 560, 561
Broyelle C., 504, 619
Brunet P., 477, 612
Buffet-Tchakaloff M.-F., 472, 619
Burca G. De, 31, 42, 72, 329, 410, 599, 612
Burdeau G., 104, 206, 279, 583
Burgorgue-Larsen L., 1, 7, 39, 40, 41, 42, 46, 66, 129, 143, 201, 206, 234, 257, 261, 470, 471, 548, 564, 582, 585, 588, 597, 599, 607, 610, 611, 612, 617, 619, 621, 625, 626, 629, 630
Busseuil G., 622

C

CABANNES X., 547
Cabral P., 626
Cadiet L., 388, 478, 583
Caenegem R. C. Van, 309, 522, 582, 583
Calisti J.-L., 621
Canivet G., 120, 453, 454, 495, 539, 604, 605, 612
Caranta R., 58, 180, 391, 492, 495, 498, 501, 545
Carbonnier J., 178, 583, 622
Carlier J.-Y„ 118, 557, 558, 625
Cartier E., 267, 585
Cassia P., 1, 7, 22, 66, 150, 177, 194, 195, 302, 417, 446, 470, 472, 479, 504, 543, 553, 566, 567, 570, 590, 605, 607, 608, 612, 619, 622
CATALANO N., 532, 612
Caudal S., 104, 583
Caulet F., 16, 22, 57, 85, 113, 148, 173, 177, 204
Cavallini J., 84, 255, 268, 494, 496, 500, 546, 553, 608
Cayla O., 583
Cazet S., 119, 406, 419, 550, 589, 612
Chabert de V., 608
Chaltiel F., 20, 53, 546, 548, 559, 597
Champeil-Desplats V., 108, 389, 583
Charpentier J., 599
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 42, 94, 156, 194, 242, 448, 525, 619, 625
Chavrier H., 396, 541, 585
Chevallier R.-M., 267, 532
Cheynel B., 56, 439, 480, 546, 547, 548, 612
Christianos V., 612
Clergerie J. L., 296, 599
Cleynenbreugel P. Van, 612
Coleman J. L., 104, 105, 583, 585
Constantinesco L.-J., 19, 39, 42, 49, 63, 80, 81, 344, 533, 537, 538, 587, 589, 591, 593, 594, 595, 597, 599, 616

Constantinesco V., 19, 39, 42, 49, 63, 80, 81, 344, 533, 537, 538, 587, 589, 591, 593, 594, 595, 597, 599, 616
Coppel J., 538, 539
Coppens P., 61, 583
Coulange P., 603
Coutron L., 1, 7, 118, 122, 139, 219, 267, 294, 311, 341, 359, 364, 369, 370, 378, 396, 402, 422, 459, 469, 471, 474, 487, 489, 545, 549, 551, 552, 554, 557, 560, 583, 585, 587, 588, 589, 591, 607, 608, 612, 613
Couveinhes F., 178, 233, 628
Craig P., 31, 72, 118, 329, 410, 493, 537, 538
Cross E. D., 39, 599
Cruz Vilaça J. L. da, 256, 605
Curtin D., 536, 591, 595

D

Dabin J., 583
Dahlgaard Dingel D., 73, 113, 116, 120, 148, 150, 151
Debard T., 624
Delavenne J.-F., 613
Delicostopoulos J., 44, 46, 47, 57, 74, 88, 131, 181, 594, 595, 605
Delmas-Marty M., 129, 264, 302, 351, 523, 583, 599
Delpérée F., 80, 597
Delvallez C.-É., 619
Denizeau C., 19, 84, 169, 359, 430, 597
Dero-Bugny D., 81
Deumier P., 107, 583
Dibout P., 159, 329, 417, 419, 541, 613
Diez-Hochleitner J., 591
Dintilhac F., 80, 599
Dischendorfer M., 545, 549
Don H., 613
Donier V., 214, 583
Donnat F., 18, 118, 124, 481, 546, 547, 548, 549, 552, 553, 556
Donnedieu de Vabres P., 67
Donner A., 278
Dony M., 16, 295, 296, 316, 362, 363, 535, 537, 589, 610, 618
Dougan M., 388, 543, 595, 608
Drago G.,, 583
Driguez L., 550, 556
Druesne G., 535
Dubey B., 43, 605
Dubos O., 16, 17, 20, 43, 84, 112, 180, 236, 251, 252, 253, 388, 422, 585, 591, 596, 600, 602, 603, 613
Dubouis L., 29, 40, 41, 44, 212, 213, 296, 357, 362, 489, 503, 536, 539, 566, 622, 625, 626, 627
Dubout É., 61, 166, 263, 319, 354, 558, 588, 589, 591, 592, 611, 613, 626, 629, 630
Duchemin de V. A., 608
Duguit L., 14, 47, 619
Dupont-Lasalle J., 21, 26, 81, 84, 602, 605
Dupuy P., 533
Dutheil de la Rochère J., 16, 22, 44, 150, 177, 194, 195, 433, 446, 603, 604, 605, 606, 608, 612, 613
Dworkin R., 105, 108, 583

E

Easson A., 534
Ecker G. et Gautier Y., 21, 619
Edward D., 36, 359, 592
Eliantonio M., 45, 605
Emiliou N., 29, 539, 540
Emmert F., 615
Engström J., 613

F

Fages F., 152
Fallon M., 592, 608
Fartunova M., 608
Favoreu L., 212, 366, 367, 380, 585, 602, 619, 622
Feddersen C., 615
Federico G. di, 613
Fenger N., 549
Fennelly N., 57, 72, 225, 500, 605
Fernandez Esteban M. L., 605
Février J.-M., 479, 622
Filali O., 612
Fines F., 80, 84, 87, 362, 381, 500, 501, 589, 600, 613
Fitzpatrick B., 433, 613
Flynn L., 613
Fohrer-Dedeurwaerder E., 629
Forteau M., 67, 629

Foster N. G., 346, 537
Foubert P., 30, 539, 540
Fourgoux J. C., 600
Fournol I., 620
Fradin O., 615
Francq S., 546, 547, 548
Frison-Roche M.-A., 46, 547, 586
Fromont M., 405, 592, 613

G

Galetta D.-U., 53, 57, 71, 72, 236, 248, 249, 388, 602, 603
Galmot Y., 344, 345, 347, 358, 360, 592, 622
Gand J., 18
Garapon A., 207, 584
Gaudemet Y., 454, 623
Gaudemet-Tallon H., 609
Gaudet M., 595
Gaudin H., 600, 614
Gaudissart M. A., 600
Gautier M., 21, 346, 354, 358, 473, 504, 540, 542, 543, 545, 567, 586, 592, 593, 595, 619
Gautier Y., 21, 346, 354, 358, 473, 504, 540, 542, 543, 545, 567, 586, 592, 593, 595, 619
Gautron J.-C., 344, 592
Gaziaux É., 56, 584
Genevois B., 401, 453, 585, 619, 623
Gérard A., 62, 584, 586, 614
Gérard P., 62, 584, 586, 614
Gerven W. Van, 22, 25, 47, 57, 63, 66, 84, 181, 357, 442, 538, 603, 605
Giltard D., 309, 623
Girard C., 28, 134, 235, 368, 371, 510, 511, 512, 513, 514, 537, 626
Giraud A., 605
Girerd P., 16, 71, 72, 121, 158, 164, 166, 204, 249, 420, 605
Goldman B., 69, 629
Goucha Soares A., 600
Green A. W., 584
Grévisse F., 71, 72, 143, 144, 496, 604
Grewe C., 46, 583, 586
Groux J., 592
Guastini R., 106, 586
Guillarmod J., 80, 266, 267, 605
Guillaume G., 206, 207, 225, 235, 275, 614
Guillien R., 478, 584
Guinchard S., 557, 586, 609, 620

H

Haegen O. Van der, 617
Hagelsteen M.-D., 402, 623
Haguenau-Moizard C., 388, 403, 472, 473, 620
Hallstein W., 70, 595
Halperin J.-L., 584
Hartley T., 150, 535
Hatzopoulos V., 47, 295, 296, 315, 318, 324, 328, 556, 592, 609
Hay P., 532
Héron J., 401, 416, 424, 584
Hirsch A., 609
Hoskins M., 606
Huet A., 67, 68, 69, 629
Huglo J.-G., 25, 120, 479, 539, 612, 614, 623

I

Idot L., 18, 70, 139, 378, 439, 542, 543, 546, 547, 548, 551, 553, 554, 555, 556, 557, 560, 609, 612, 614, 623
Isaac G., 40, 41, 43, 50, 606

J

Jacobs F. G., 180, 204, 255, 614
Jacqué J. P., 49, 592, 593, 595, 623
Jacquet J.-M., 595, 628
Jans J. H., 124, 545, 548, 592, 606, 609
Jarvis M., 614
Jean J.-P., 16, 202, 205, 214, 503, 583, 588, 591, 592, 596, 603, 604, 625
Jeanneau B., 200, 201, 213, 620, 625, 626
Jeantet F. C., 533
Joliet R., 118, 493, 537, 614
Jong M. de, 592, 606
Junod C.-A., 609

K

Kahil-Wolff B., 591
Kakouris C., 22, 26, 43, 47, 66, 73, 74, 606
Kalflèche G., 623

Karpenstein P., 396, 431, 614
Kastanas E., 15, 597
Kelsen H., 47, 254, 356, 584, 629
Kerameus K. D., 597
Kerchove M. Van de, 351, 584
Kessedjian C., 54, 55, 68, 597, 600
Kovar R., 18, 26, 43, 49, 63, 71, 75, 81, 84, 113, 150, 178, 254, 344, 355, 373, 532, 534, 587, 592, 593, 595, 600, 609, 614, 623

L

Labayle H., 257, 273, 279, 471, 496, 559, 561, 565, 615, 623, 627
Lagarde X., 52, 309, 623, 628
Lagrange M., 67, 592
Lambert-Abdelgawad E., 627
Lapérou-Scheneider B., 214, 583
Leca A., 389, 584
Lecaillon J.-D., 603
Lecourt R., 85, 589
Léger Ph., 75, 444, 445, 615
Leleux P., 600
Lenaerts K., 16, 39, 40, 42, 44, 53, 68, 78, 81, 82, 83, 85, 114, 121, 150, 190, 204, 235, 236, 246, 582, 584, 586, 589, 600, 609
Lenoble J., 61, 583
Lessi J., 454, 627
Leval (de) G., 546, 615
Levano Y., 424
Levin R., 615
Levrat N., 263, 351, 587
Lipstein K., 69, 70, 629
Lock T., 296, 320, 321, 556, 615
Lonbay J., 180, 363, 432, 604, 606, 608, 612, 614, 616, 617
Loriferne D., 478, 583
Louis J.-V., 39, 43, 74, 175, 212, 362, 533, 589, 595, 600, 602, 606, 627
Louis-Lucas P., 69, 70, 628, 629
Louvaris A., 488, 623
Lyon-Caen G., 535

M

Macheret A., 609
Maestripieri C., 396, 431, 614
Magnette P., 500, 589
Maillot J.-M., 214, 584
Malaurie M., 570, 620
Malo L., 55, 597
Mannin P., 345, 346, 356, 359, 593
Manno T. Di, 620
Marciali S., 120, 589
Marcus-Helmons S., 625
Marguénaud J. P., 504, 543, 567
Mariatte F., 542, 543
Marti G., 305, 586
Martin D., 152, 303, 306, 332, 537, 544, 593
Martin-Chenut K., 629
Martinico G., 600
Martucci F., 55, 65, 600
Masclet J. C., 599, 614
Mathieu B., 212, 591
Mathisen G., 315, 593
Mattera A., 295, 534, 589
Maubernard C., 62, 203, 206, 273, 320, 584, 600, 627
Mayer P., 68, 629, 630
Maynaud A., 623
Mbongo P., 75, 199, 582, 584, 585, 587, 590
Mead P., 537
Megret C., 615
Mehdi R., 16, 21, 43, 71, 72, 79, 120, 139, 359, 497, 537, 539, 541, 545, 559, 565, 595, 606, 615, 620, 623, 624
Meister M., 551, 553, 554, 556, 559
Melleray F., 455, 467, 473, 504, 565, 567, 593, 595
Menjucq M., 557, 615
Mercadier-Francisci M. F., 586
Mercuzot B., 212, 624
Mertens de Wilmar J., 49, 253, 593, 606
Merzouk E. Ben, 582
Miaja de la Muela A., 69, 630
Michel V., 16, 39, 40, 41, 75, 78, 81, 87, 219, 221, 222, 253, 377, 420, 551, 552, 554, 559, 589, 592, 597, 599, 601
Micklitz H.-W., 16, 49, 72, 205, 388, 559, 587, 594, 595, 602, 603, 604, 607, 615, 617
Middelaar L. van, 22, 584
Millet F.-X., 559, 624
Misson L., 25, 544
Mitchell C., 609

Moderne F., 105, 106, 200, 586
Molinier J., 204, 205, 397, 589, 595, 627
Monjal P.-Y., 548, 589
Montagner G., 624
Mortelmans K., 586
Mouton J.-D., 19, 20, 625
Moutouh H., 586
Muscat H., 362, 620

N

Nabli B., 589
Naomé C., 537, 590
Natarel É., 609
Neframi E., 43, 596, 597, 601
Neuwahl N. A., 105, 625, 627
Neves R., 626
Nioche M., 630
Nizard de Saint-Didier S., 620
Nourissat C., 439, 544, 546, 547, 553, 557, 570, 606, 615

O

Oliver P., 22, 30, 246, 253, 539, 540, 554, 615
Olson T., 590
Ormand R., 255, 606
Ortlep R., 615
Ost F., 351, 584
Overbeck A. E. von, 68, 70, 630

P

Pachnou D., 615
Paisant G., 399, 542, 544, 548, 556
Panagoulias K. I., 45, 57, 61, 625
Papadopoulou R.-E., 202, 203, 626
Peerbux-Beaugendre Z., 477, 478, 489, 545, 615
Peers S., 540, 596
Perelman C., 62, 106, 584, 586, 587
Pernice I., 149, 210, 212, 216, 225, 262, 606
Perrin A., 179, 615
Pescatore P., 17, 39, 43, 63, 255, 345, 373, 582, 586, 590, 595, 596, 601, 606, 607, 616
Peter J. W., 7, 267, 469, 616
Petit J., 62, 401, 409, 586, 620
Petite M., 268, 586
Pettiti L.-E., 261, 626
Philip C. et Boutayeb C., 601
Picheral C., 210, 264, 564, 616
Picod F., 139, 206, 209, 210, 234, 235, 236, 243, 258, 273, 275, 369, 403, 540, 548, 551, 555, 557, 560, 561, 587, 588, 590, 597, 616, 617
Pietri M., 430, 541, 543
Pietrini S., 58, 598
Piwnica E., 207, 624
Platon S., 457, 473, 474, 560, 568, 624
Poelemans M., 609
Poillo-Perruzzetto S., 616
Poillot É., 219, 552, 610
Poissonnier G., 548, 624
Pongérard-Payet H., 545
Potvin-Solis L., 20, 21, 607, 620
Prado D. Le, 583
Prechal S., 40, 47, 72, 179, 181, 205, 209, 233, 234, 235, 243, 249, 250, 275, 343, 355, 432, 438, 541, 590, 593, 601, 607, 616
Prevedourou E., 27, 36, 72, 350, 351, 620
Prieto C., 439, 542, 546, 548, 553, 616
Prinssen J. M., 36, 343, 344, 356, 357, 590, 592, 593, 595, 618
Puissochet J.-P., 616

R

Raducu I., 263, 351, 587
Raepenbusch S. Van, 362, 501
Ragolle P., 543
Rancé P., 590
Rasmussen H., 166, 616
Rawls J., 61, 62, 584
Raymond G., 398, 616
Raynard J., 400, 543
Raz J., 105, 584
Reich N., 547, 601
Renoux T., 207, 627
Renoux-Zagamé M.-F., 583
Richard V., 178, 253, 620
Rideau J., 17, 19, 20, 40, 67, 70, 71, 72, 75, 128, 130, 201, 206, 207, 210, 212, 234, 255, 258, 273, 362, 448, 542, 596, 597, 607, 609, 616, 617, 624, 625, 626, 627, 628
Rigaux A., 30, 94, 120, 129, 131, 143, 401, 420, 433, 437, 472, 501, 502, 532, 538,

539, 540, 541, 543, 548, 550, 558, 567, 593
Rigaux F., 30, 94, 120, 129, 131, 143, 401, 420, 433, 437, 472, 501, 502, 532, 538, 539, 540, 541, 543, 548, 550, 558, 567, 593
Ritleng D., 1, 7, 19, 24, 129, 130, 143, 205, 209, 215, 218, 258, 278, 279, 285, 294, 296, 368, 453, 455, 474, 565, 587, 593, 597, 601, 617, 624
Rivero J., 201, 624
Robert J., 62, 81, 84, 297, 532, 603
Roccati M., 81, 381, 603
Rodriguez Iglesias G. C., 37, 49, 81, 593
Roldán Barbero F. J., 31, 120
Rollin H., 601
Rosa S. De la, 601
Rosas A., 1, 7, 21, 22, 43, 57, 66, 105, 224, 275, 587, 590, 603, 625, 627
Rousseau D., 55, 214, 559, 624
Rubi-Cavagna E., 105, 626

S

Sandalow T., 602
Sarmiento D., 72, 73, 143, 278, 293, 590, 607
Sauphanor-Brouillaud N., 139, 219, 551, 552, 610
Sauron J.-L., 476, 590
Scheeck L., 199, 587, 628
Schermers H. G., 79, 388, 537, 591, 609
Schiek D., 617
Schill S., 594, 595
Schrauwen A., 36, 343, 344, 356, 357, 590, 592, 593, 595, 618
Schuck P. H., 500, 630
SCHUTTER O. DE, 548, 617, 625
Schutze R., 598
Schyff G. van der, 130, 601
Seifert A., 627
Seiller B., 454, 455, 565, 583, 620
Sharpston E., 617
Simon D., 16, 22, 25, 31, 39, 40, 41, 42, 44, 49, 73, 78, 79, 81, 82, 84, 94, 117, 118, 119, 120, 124, 129, 131, 138, 139, 143, 166, 171, 175, 202, 205, 209, 255, 264, 273, 276, 303, 321, 341, 346, 355, 358, 359, 362, 388, 401, 402, 409, 417, 420, 424, 426, 429, 430, 433, 437, 453, 454, 459, 471, 472, 480, 481, 482, 488, 493, 496, 499, 501, 502, 503, 523, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 559, 560, 561, 565, 567, 569, 570, 571, 590, 593, 596, 602, 605, 607, 611, 617, 627, 628
Sinaniotis D., 57, 63, 78, 86, 494, 496, 497, 609
Sirinelli J., 504, 603
Soulier G., 388, 593
Souvignet X., 45, 202, 228, 629
Spencer J., 152, 174, 261, 324, 410, 424, 427, 428, 429, 505, 543, 550, 615, 617
Stahl J.-H., 624
Stefanou C., 363, 502, 617
Stein E., 532, 587, 602
Steiner J., 267, 563
Storme M., 609
Strozzi G., 601
Sudre F., 45, 62, 87, 211, 212, 213, 214, 259, 260, 263, 265, 273, 276, 319, 320, 324, 337, 471, 561, 564, 625, 626, 627
Swadling W., 609
Szymczak D., 87, 264, 381, 627
Szysczak E., 433, 613
Szyszczak E., 538, 605

T

Tamm D., 337, 593
Tash A. P., 617
Taton X., 617
Tayar D., 605
Tchakaloff M.-F., 617
Teitgen P. H., 27, 535, 620
Temple Lang J., 114, 560, 596
Terré F., 61, 62, 63, 356, 555, 587
Tesauro G., 268, 491, 498, 512, 515, 618
Théodosiades M., 459, 584
Théry P., 422, 583, 630
Thomas F., 65, 80, 436, 538, 557, 598
Tinière R., 138, 208, 262, 609, 618
Tomuschat C., 345, 593
Toth A. G., 82, 601
Touscoz J., 178, 254, 628, 629
Triantafyllou D., 82, 598
Tridimas T., 23, 37, 124, 137, 177, 179, 180, 204, 212, 306, 365, 366, 367, 368,

369, 370, 371, 372, 380, 521, 540, 590, 607, 618, 619

U

Usher J., 618

V

Vaerini Jensen M., 610
Vallindas P. G., 587
Vander Elst R., 601
Vandersanden G., 362, 363, 364, 501, 610, 618
Vauchez A., 75, 199, 582, 584, 585, 587, 590
Verdross A. von, 104, 200, 202, 630
Verhoeven M. J. M., 615
Veroone M., 123, 535
Vial C., 630
Viala A., 365, 366, 380, 619, 620
Viangalli F., 598
Vilaras M., 602
Vincent P.-A., 1, 7, 479, 624
Virole J., 532
Visscher C. De, 621
Vocanson C., 473, 474, 476, 621
Vogel L., 624

W

Waelbroeck D., 123, 388, 535, 601, 602, 609, 618
Waelbroeck D. F., 123, 388, 535, 601, 602, 609, 618
Waelbroeck M., 123, 388, 535, 601, 602, 609, 618
Walker C. F., 82, 602
Ward A., 357, 489, 541, 549, 618
Wathelet M., 362, 501
Wattel P.-J., 72, 205, 319, 364, 489, 545, 558, 618
Weiler J., 105, 341, 592, 593, 627
Weyembergh A., 598
Widdershoven R., 72, 179, 181, 205, 209, 233, 234, 235, 243, 249, 250, 275, 607, 616
Winter J. A., 344, 358, 359, 593
Wintgens L. J., 105, 106, 585
Witte B. De, 16, 42, 49, 72, 388, 532, 587, 594, 595, 596, 599, 602, 603, 604, 607, 617
Wyatt D., 18, 113, 534

X

Xanthaki H., 363, 502, 617

Z

Ziller J., 590, 593, 594
Zingales N., 618
Zivy F., 439, 546, 547
Zleptnig S., 17, 24, 47, 48, 57, 58, 72, 80, 88, 114, 131, 172, 175, 181, 203, 235, 246, 249, 319, 321, 328, 329, 374, 378, 604

BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE

Le choix a été fait de proposer une bibliographie sélective qui ne contient pas les manuels généraux de droit éventuellement cités dans les développements. Cette bibliographie est par ailleurs commentée afin de fournir au lecteur des indications sur les contributions ayant particulièrement orienté les recherches.

I – Généralités et fonction de juger 581
II – Droit de l'Union européenne 586
A. Généralités 586
1. Notions générales et droit institutionnel 587
2. Primauté et coopération loyale 593
3. Répartition et exercice des compétences 595
B. Mise en œuvre par les États membres 601
1. Subsidiarité juridictionnelle 601
2. Procédures 606
C. Système procédural français 617
III – Droit européen des droits de l'homme 624
IV – Droit international 627

I – Généralités et fonction de juger

Le terme « généralités » pourrait paraître quelque peu dévalorisant à l'égard des références qui sont citées dans cette partie. Or, il ne faut voir là qu'une tentative de regrouper plusieurs contributions qui, si elles ne concernent pas directement le sujet de la thèse, ont pourtant été d'une aide précieuse. L'apport de l'ouvrage de R. C. van Caenegem par exemple, a été fondamental en ce qu'il aide à relativiser les difficultés pouvant résulter des différences de culture juridique entre les États, au premier chef desquelles celles pouvant émerger entre le droit civil et le *common law*. Rédiger une thèse en droit procédural européen ne pouvait se passer d'une telle réflexion, tout comme celle menée par plusieurs auteurs dans l'ouvrage collectif *Repenser le « droit transitoire »*, qui apporte une lumière précieuse à une notion complexe qui recouvre une part non négligeable des procédures étudiées dans cette thèse. On ne présente plus la thèse de K. Lenaerts, qui fait autorité dans la comparaison des systèmes juridictionnels américain et européens. Dans le cadre de notre étude, la thèse du vice-président de la Cour de justice permet avant tout de comprendre les raisons de l'inexistence d'un principe tel que la subsidiarité juridictionnelle dans le système fédéral d'outre-Atlantique.

Viennent ensuite les références qui ont aidé au raisonnement sur la fonction de juger en général, et en droit de l'Union en particulier. Il faut citer au premier chef de ces contributions celle dirigée par les professeurs A. Vauchez et P. Mbongo, *Dans la fabrique du droit européen*. Il s'agit-là probablement de l'ouvrage le plus riche d'enseignements, surtout lorsque l'auteur de cette thèse tente de se glisser dans la peau de ceux qui font le droit de l'Union afin d'en mieux comprendre les ressorts. Dans cette même veine, nous voulons attirer l'attention sur l'article de B. Bertrand « Les blocs de jurisprudence » en droit de l'Union, qui offre une façon moderne de penser la jurisprudence de la Cour de justice, qui nous a permis d'avoir une approche plus aigüe des errements du juge dans notre domaine de recherche. Il en va également, à diverses époques, de P. Pescatore dans son article « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », et de L. Burgorgue-Larsen, dans « De l'internationalisation du dialogue des juges ». Partant pour le premier de la déclaration Schuman, « la plus féconde qu'on ait jamais entendue dans la vie internationale », et aboutissant pour la seconde à ce constat désormais si bien entendu du décloisonnement territorial du débat juridictionnel, ces deux auteurs témoignent de la fécondité de la complexification du travail du juge dans un espace élargi et ouvert.

A. Ouvrages

Bailleux J., *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, 484 p.

Béchillon M. de, *La notion de principe général en droit privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 298 p.

Ben Merzouk E., *La sécurité juridique en droit positif*, Thèse dactylographiée, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2003, 575 p.

Benyekhlef K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2008, 934 p.

Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2012, 399 p.

Bouveresse A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles,

Bruylant, 2010, 657 p.

BURDEAU G., *Traité de science politique*, 3e éd., Paris, LGDJ, 1983, vol.IV, 648 p.

CADIET L. et **LORIFERNE D**. (dirs.), *L'autorité de la chose jugée*, Paris, IRJS éd., 2012, 177 p.

CAENEGEM (VAN) R. C., *Le droit européen entre passé et futur. Unité et diversité sur deux millénaires*, Paris, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010, 169 p.

CARBONNIER J., *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10ème éd., Paris, LGDJ, 2001, 447 p.

CAUDAL S., *Les principes en droit*, Paris, Économica, coll. « Études Juridiques », 2008, 384 p.

CAYLA O. et **RENOUX-ZAGAMÉ M.-F.**, *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, Publications de l'université de Rouen, 2002, 239 p.

CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, 432 p.

COLEMAN J. L., *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 226 p.

COPPENS P. et LENOBLE J. (dirs.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 437 p.

COUTRON L. (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 319 p.

D'AMBRA D., BENOÎT-ROHMER F. et GREWE C. (dirs.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Paris, Nemesis - Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 49, 2003, 270 p.

DABIN J., *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2007, 313 p.

DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 305 p.

DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (II)*, Paris, Seuil, 2006, 303 p.

DELMAS-MARTY M., *La refondation des pouvoirs, Les forces imaginantes du droit (III)*, Paris, Seuil, 2007, 299 p.

DEUMIER P., *Le raisonnement juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, 269 p.

DONIER V., LAPÉROU-SCHENEIDER B. et JEAN J.-P. (dirs.), *L'accès au juge: recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 1000 p.

DRAGO G., PRADO D. LE, SEILLER B. et THÉRY P. (dirs.), *Repenser le « droit transitoire »*, Paris, Dalloz, 2010, 155 p.

DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, 295 p.

DWORKIN R., *L'empire du droit*, traduit par E. SOUBRENIE, Paris, PUF, 1994, 468 p.

GARAPON A., *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996, 281 p.

GAZIAUX É., *L'autonomie en morale au croisement de la philosophie et de la théologie*, Peeters Publishers, 1998, 760 p.

GÉRARD P., *Droit, égalité et idéologie*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1981, 488 p.

GREEN A. W., *Political Integration by Jurisprudence. The Work of the Court of Justice on the European Communities in European Political Integration*, Leyden, A. W. Sijthoff, 1969, 847 p.

GUILLIEN R., *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée essai critique*, Université de Bordeaux I, 1931, 476 p.

HALPERIN J.-L., *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, 433 p.

HÉRON J., *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie et théorie générale du droit », 1996, 168 p.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Paris, LGDJ, 1999, 367 p.

LECA A., *Le code était presque parfait*, Paris, LexisNexis, 2013, 243 p.

LENAERTS K., *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p.

MAILLOT J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003, 766 p.

MAUBERNARD C., *Les normes jurisprudentielles de la Cour de justice des Communautés européennes : contribution à l'étude du pouvoir judiciaire communautaire*, Thèse microfichée, Université de Montpellier, 2001, 747 p.

MIDDELAAR L. VAN, *Le passage à l'Europe. Histoire d'un commencement*, traduit par D. CUNIN et O. VANWERSCH-COT, Paris, Gallimard, 2012, 479 p.

OST F. et KERCHOVE M. VAN DE, *De la pyramide au réseau ? Pour ne théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 587 p.

PERELMAN C. (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, 554 p.

RAWLS J., *Théorie de la Justice*, traduit par C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, 666 p.

RAZ J., *The authority of law: essays on law and morality*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2009, 337 p.

THÉODOSIADES M., *Essai sur la non-rétroactivité des lois*, Paris, Abel Pilon, 1866, 272 p.

VAUCHEZ A. et **MBONGO P.**, *Dans la fabrique du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 258 p.

WINTGENS L. J., *Droit, principes et théories : pour un positivisme critique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 185 p.

B. Articles

ANTOINE A., « Le cas anglais », Colloque de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, *L'objectivation du contentieux des droits fondamentaux : du juge des droits au juge du Droit ?,* 12 décembre 2014.

ARLETAZ J., « Les enseignements issus du contentieux constitutionnel comparé », Colloque de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, *L'objectivation du contentieux des droits fondamentaux : du juge des droits au juge du Droit ?,* 12 décembre 2014.

AZOULAI L., « La fabrication de la jurisprudence communautaire », *in* Pascal MBONGO et Antoine VAUCHEZ (dirs.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 153-169.

BENGOETXEA J., « Le raisonnement juridique et la théorie du droit », *in* P. MBONGO et A. VAUCHEZ (dirs.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 142-151.

BERTRAND B., « Les blocs de jurisprudence », *RTD eur.*, 2012, n. 4, pp. 741-770.

BURGORGUE-LARSEN L., « De l'internationalisation du dialogue des juges », *in Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 95.

CARTIER E., « Simplification du droit et notions voisines (lisibilité, clarté, accessibilité, précision) : des objectifs communs des droits communautaire et français ? », *in* F. PÉRALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, pp. 81-109.

CHAVRIER H., « Neutralisation de l'illégalité par le juge national », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 229-244.

COLEMAN J. L., « Negative and Positive Positivism », *Journal of Legal Studies*, 1982, vol. 11, n° 1, pp. 139-164.

COUTRON L., « Rapport introductif », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1-26.

COUTRON L., « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.*, 2009, n. 4, pp. 643-675.

DUBOS O., « La motivation des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne : un style à trois temps », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 181-207.

FAVOREU L., « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, vol. 38, n° 2, pp. 611-633.

FRISON-ROCHE M.-A., « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », *in* D. D'AMBRA, F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dirs.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Paris, Nemesis - Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 49, 2003, p. 1.

GAUTIER M., « De Bruxelles à Paris en passant par Luxembourg et en songeant à Strasbourg : exemple de dialogue des juges », *Dr. adm.*, juin 2008, 6, comm. 83.

GUASTINI R., « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », *in Les principes en droit*, Paris, Économica, coll. « Études Juridiques », 2008, pp. 113-123.

GUINCHARD S., « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, 1999, n. 1, pp. 91-130.

GUINCHARD S., « Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel », *in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, pp. 139-173.

LENAERTS K., « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.*, 2001, pp. 487-528.

MARTI G., « Droits fondamentaux des États et fédération », *in Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 267-288.

MERCADIER-FRANCISCI M. F., « Le vide juridique et ses conséquences institutionnelles en droit communautaire », *RTD eur*., 1994, pp. 579-608.

MODERNE F., « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA*, 1999, n° 4, p. 722.

MORTELMANS K, « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE*, 1981, pp. 410-436.

MOUTOUH H., « Pluralisme juridique », *in Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrige-Lamy-P.UF., 2003, p. 1158.

NIANG F., « La fonction fédérative du juge de l'Union de droit commun », *in* S. Besson et P. Pichonnaz (dirs.), *Les principes en droit européen*, Paris, LGDJ, coll. « Fondements du droit européen », 2011, pp. 311-329.

PERELMAN C., « Justice and justification », *Natural Law Forum*, 1965, n° 1, p. 1.

PESCATORE P., « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *RIDC*, 1974, n. 1, pp. 5-19.

PETIT J., « La rétroactivité du procès », *in La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, 2012, pp. 1-13.

PETITE M., « Introduction. « La simplification du droit, cette chose si complexe... » », *in* F. PÉRALDI LENEUF (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2012, pp. 1-5.

PICOD F., « Pédagogie et persuasion », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 49-65.

RADUCU I. et **LEVRAT** N., « Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique) », *CDE*, 2007, n. 1, pp. 111-148.

RITLENG D., « La neutralisation de l'illégalité par le juge communautaire », *in* L. COUTRON (dir.), *Pédagogie judiciaire et application des droits communautaire et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-228.

ROSAS A., « The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, n° 2, pp. 1-16.

SCHEECK L., « La diplomatie commune des cours européennes », *in* Pascal Mbongo et Antoine Vauchez (dirs.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruylant, 2009, pp. 105-137.

STEIN E., « Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution », *Am. J. Int. L.*, janvier 1981, pp. 1-27.

TERRÉ F., « Les lacunes du droit », *in* C. PERELMAN (dir.), *Problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.

VALLINDAS P. G., « La structure de la règle de conflit », *RCADI*, 1960, pp. 333-376.

II – Droit de l'Union européenne

Conformément à la conception du droit de l'Union européenne qui est décrite dans cette recherche, et à son articulation avec le droit des États membres, sont compris dans cette partie aussi bien le droit issu des traités communautaires et de l'Union que le droit issu des États membres lorsque ces derniers agissent dans le champ d'application du droit de l'Union. À ce titre, l'ouvrage du professeur L.-J. Constantinesco intitulé *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE,* malgré son âge avancé, peut trouver dans cette thèse un certain écho, tout comme la thèse du professeur M. Blanquet sur le principe de coopération loyale (*L'article 5 du traité CEE : recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*). Il en est de même de l'ouvrage collectif dirigé par H.-W. Micklitz B. De Witte : *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*.

A. Généralités

Avant d'en étudier les détails le droit de l'Union peut s'observer de loin. Il faut alors faire quelques pas en arrière vers le centre de la gallérie pour voir lentement se dessiner des courbes puis une cohérence d'ensemble s'imposer. C'est en étudiant précisément les généralités du droit de l'Union que sa structure émerge, et notamment le rôle de la Cour de justice, dans un travail de recherche portant sur sa fonction dans la répartition de la compétence procédurale entre elle-même et les juridictions nationales. L'ouvrage rédigé par le professeur A. Arnull est ainsi riche d'enseignements sur la perception de cette structure institutionnelle par ses propres juges (*The European Union and its Court of Justice*), des juges qui, comme l'a montré le professeur R. Kovar (« La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique

communautaire »), ont su répondre présents lorsqu'il a fallu mettre les États membres face aux obligations qu'ils s'étaient imposées dans les traités.

1. Notions générales et droit institutionnel

Les notions générales regroupent ces éléments du droit de l'Union qui n'entrent pas la systématique de la compétence procédurale, mais qui sont reliés à elle parce qu'ils structurent le droit issu des traités. Il peut alors s'agir du fonctionnement de la Cour de justice et, à ce titre, les éditions Bruylant ont regroupé en 2011 les articles que le professeur A. Barav a pu écrire sur le renvoi préjudiciel (*Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*). Sans rien apporter sur le fond donc, ce recueil offre un accès facilité aux écrits de l'auteur de la thèse sur la fonction communautaire du juge national, à propos spécifiquement de la procédure préjudicielle. Cette lecture peut être complétée par le récent ouvrage collectif dirigé par le professeur L. Coutron sur l'obligation de renvoi préjudiciel (*L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*).

Sur les autres notions, parmi la multitude de contributions qui ont permis l'enrichissement de la thèse, nous croyons utile de mentionner l'article du professeur É. Dubout sur les lacunes du droit de l'Union révélées par ce qu'il est convenu d'appeler *le contentieux de la troisième génération* (« Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire »).

a. Ouvrages

L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris, Dalloz, 1991, 556 p.

L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de P. Manin, Paris, Pedone, 2010, 958 p.

ARNULL A., *The European Union and its Court of Justice*, 2ème éd., Oxford-New York, Oxford University Press, coll. « Oxford EC law library », 2006, 699 p.

BARAV A., *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Grands écrits », 2011, 283 p.

BERROD F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2003, 1136 p.

BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A. et PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article. Parties I et IV : Architecture constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1106 p.

BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A. et PICOD F. (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe : commentaire article par article. Partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 837 p.

BURGORGUE-LARSEN L. et AZOULAI L. (dirs.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2006, 274 p.

BURGORGUE-LARSEN L., DUBOUT E., TOUZÉ S. et MAITROT DE LA MOTTE A. (dirs.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, IREDIES - Pedone, coll. « Cahiers européens », 2012, 377 p.

CAZET S., *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 675 p.

CLAES M., VISSER M. DE, POPELIER P. et HEYNING C. VAN DE (dirs.), *Constitutional conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, coll. « Ius commune europaeum », n° 107, 2012, 399 p.

CLÉMENT-WILZ L., *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1092 p.

CONSTANTINESCO L.-J., L'applicabilité directe dans le droit de la CEE, Paris, LGDJ, 1970.

COUTRON L., *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 872 p.

DONY M. et **BRIBOSIA E**. (dirs.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de Université de Bruxelles, coll. « Commentaire J. Mégret », 2002, 289 p.

DUBOUT É. et MAITROT DE LA MOTTE A., *L'unité des libertés de circulation: in varietate concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 472 p.

FINES F., *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, 1990, 500 p.

LECOURT R., *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2008, 321 p.

LENAERTS K., *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p.

LOUIS J.-V., *L'ordre juridique communautaire*, 6ème éd., Bruxelles, Commission des Communautés européennes, 1993, 241 p.

MAGNETTE P., *Contrôler l'Europe. Pouvoirs et responsabilité dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 2003, 175 p.

MARCIALI S., *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 878 p.

MATTERA A., *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990, 775 p.

MICHEL V., *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2014, 199 p.

MOLINIER J., *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2004, 280 p.

MONJAL P.-Y., *Recherches sur la hiérarchie des normes en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2000, 629 p.

NABLI B., *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne. Le cas français*, Dalloz, 2007, 670 p.

NAOMÉ C., *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Larcier, 2007, 378 p.

OLSON T. et **CASSIA P.**, *Le droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, PUF, 2006, 59 p.

PESCATORE P., *Le droit de l'intégration*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 100 p.

PICOD F., *Doctrine et droit de l'Union européenne, colloque, 16 avril 2005, à Paris*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2009, 186 p.

PRINSSEN J. M. et SCHRAUWEN A. (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, 320 p.

PRIOLLAUD F.-X. ET SIRITZKI D., *Le traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens*, Paris, La Documentation française, 2008, 523 p.

RANCÉ P. et BAYNAST (DE) O., *L'Europe judiciaire : enjeux et perspectives*, Paris, Dalloz, 2001, 124 p.

ROSAS A. et ARMATI L., *EU Constitutional Law. An Introduction*, 2ème éd., Hart Publishing, 2012, 292 p.

SARMIENTO D., *Poder judicial e integración europea*, Madrid, Civitas, 2004, 379 p.

SAURON J.-L., *Les « interventions » des États membres dans les renvois préjudiciels de l'article 177 du traité CEE*, Paris 10 Nanterre, 1994, 204 p.

SIMON D. (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, 105 p.

TIZZANO A., KOKOTT J. et PRECHAL S. (dirs.), *50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos*, Luxembourg, OPUE, 2013, 316 p.

TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Oxford European Union Law Library, 2007, 714 p.

VAUCHEZ A. et **MBONGO P.**, *Dans la fabrique du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 258 p.

ZILLER J., *La nouvelle Constitution européenne*, Paris, Éditions de la Découverte, coll. « Repères », 2003, 115 p.

b. Articles

ANDERSEN R., « Monisme(s) ou dualisme(s) juridictionnel(s) ? », *REDP*, 2000, vol. 12, n. 2, pp. 415-426.

ARENDT E., « La procédure selon l'article 177 du traité instituant la Communauté économique européenne », *SEW*, 1965, p. 385.

ARNOLD R., « L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen », *RFDC*, 2014, n° 4, pp. 769-776.

AUBY J.-B., « La dualité de juridiction : nouvelles turbulences », *Dr. adm.*, 1997, n. 6, p. 3.

BARAV A., « Omnipotent Courts », *in* D. CURTIN et T. HEUKELS (dirs.), *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of H. G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London, M. Nijhoff, 1994, vol.II, p. 265.

BARENTS R., « The Court of Justice after the Treaty of Lisbon », *CMLR*, 2010, n. 47, pp. 709-728.

BENGOETXEA J., « Principia and Teloi », *in* S. Besson et P. Pichonnaz (dirs.), *Les principes en droit européen*, Paris, LGDJ, coll. « Fondements du droit européen », 2011, pp. 65-84.

BERMANN G. A., « Une vue outre-atlantique de la Cour et de sa jurisprudence », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 719-727.

BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, janvier 2012, 1 - étude 1, pp. 6-12.

BETLEM G., « The Principle of Indirect Effect of Community Law », *ERPL*, 1995, pp. 1-19.

BETTATI M., « Le law-making power de la Cour », *Pouvoirs*, 1989, n. 49, pp. 56-70.

BIEBER R. et **KAHIL-WOLFF B**., « Cour général de droit communautaire », *RCADE*, 1994, pp. 49-79.

BLUMANN C., « Objectifs et principes en droit communautaire », *in Le droit de l'Union en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Apogée, 2006, pp. 39-67.

BLUMANN C., « L'organisation des juridictions de l'Union au lendemain du Traité de Lisbonne », *in* S. MATHIEU (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 17-39.

BONICHOT J.-C., « Loin des théories : le refus de la Cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen », *RDP*, 2008, n. 3, p. 745.

CONSTANTINESCO L., « La spécificité du droit communautaire », *RTD eur.*, 1966, pp. 1-30.

COUTRON L., « Retour fataliste au fondement de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme », *RTDE*, 2009, p. 35

DIEZ-HOCHLEITNER J., « Le Traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres », *RMUE*, 1994, n. 2, pp. 111-159.

DUBOS O., « L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise », *RFDA*, 2003, p. 568.

DUBOUT É., « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTD eur*., 2007, p. 427-443.

DUBOUT É., « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ? », *RTD eur.*, 2010, n° 2, p. 277.

EDWARD D., « Direct effect: myth, mess or mystery? », *in* J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, pp. 3-16.

FALLON M., « 1992-2012 : État des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », *in* V. MICHEL (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2014, pp. 17-66.

FLAESCH-MOUGIN C., « Typologie des principes de l'Union européenne », *in Le droit de l'Union en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Paris, Apogée, 2006, pp. 99-152.

FROMONT M., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1995, pp. 156-166.

GALMOT Y. et BONICHOT J.-C., « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *RFDA*, 1988, n° 1, pp. 1-23.

GAUTIER M., « L'effet direct et l'invocabilité des normes européennes », *Politeia*, 2014, n° 25, pp. 171-180.

GAUTRON J.-C., « Le droit directement applicable dans la jurisprudence de la CJCE », *AFDI*, 1975, p. 905.

GROUX J., « « Territorialité » et droit communautaire », *RTD eur.*, 1987, p. 5-33.

HATZOPOULOS V., « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *in L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 205-229.

HATZOPOULOS V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses. Une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTD eur.*, 1998, p. 191-236.

JACQUÉ J.-P., « Cour général de droit communautaire », *RCADE*, 1990, p. 301.

JACQUÉ J. P. et **WEILER J.**, « Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire », *RTD eur.*, 1990, pp. 441-456.

JANS J. H. et JONG M. de, « Somewhere between Direct Effect and *Rewe*/*Comet* », *in* K.-H. LADEUR (dir.), *The Europeanisation of Administrative Law: Transforming National Decision-Making Procedures*, Aldershot, 2002, pp. 68-92.

KOVAR R., « L'applicabilité directe du droit communautaire », *JDI*, 1973, p. 279.

KOVAR R., « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RCADE*, 1993, pp. 15-122.

LAGRANGE M., « L'ordre juridique de la CECA vu à travers la jurisprudence de sa Cour de justice », *RDP*, 1958, n° 5, pp. 841-865.

MANNIN P., « De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales », *AJDA*, 1994, n° 5, pp. 259-270.

MARTIN D., « 'Discriminations', 'entraves' et 'raisons impérieuses' dans le traité CE : trois concept en quête d'identité », *CDE*, 1998, n. 34, pp. 261-318.

MATHISEN G., « Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement », *CMLR*, 2010, n. 47, pp. 1021-1048.

MELLERAY F. et **GAUTIER M.**, « Le champ d'application matériel, limite du droit communautaire-Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *RAE-LEA*, 2003, n. 1, pp. 27-36.

MERTENS DE WILMAR J., « Article 3 », *in* V. CONSTANTINESCO, J. P. JACQUÉ, R. KOVAR et D. SIMON (dirs.), *Traité C.E.E. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 1648.

PRECHAL S., « Does direct effect still matter? », *CMLR*, 2000, vol. 37, n° 5, p. 1047.

PRECHAL S., « Direct effet reconsidered, redefined and rejected », *in* J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, pp. 17-41.

RIGAUX A., « Territoire communautaire », *Répertoire communautaire Dalloz*, 1995, pp. 1-28.

RITLENG D., « Les États membres face aux entraves », *in* L. AZOULAI (dir.), *Entrave et marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 304-324.

RODRIGUEZ IGLESIAS G. C., « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 37-48.

SOULIER G., « Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? », *in* D. SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 57-80.

SIMON D., « Les principes en droit communautaire », *in Les principes en droit*, Paris, Économica, coll. « Études Juridiques », 2008, pp. 287-304.

TAMM D., « The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 9-35.

TOMUSCHAT C., « Introduction », *in 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos*, Luxembourg, OPUE, 2013, pp. 49-54.

WEILER J., « Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual », *in 50ème anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos*, Luxembourg, OPUE, 2013, pp. 11-21.

WINTER J. A., « Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law », *CMLR*, 1972, pp. 425-438.

ZILLER J., « Le principe de proportionnalité », *AJDA*, 1996, spécial, pp. 185-188.

ZILLER J., « Champ d'application du droit communautaire et de l'Union. Application territoriale », *JCl Europe*, 2006, fasc. 470.

2. Primauté et coopération loyale

Outre le principe de coopération loyale dont l'ouvrage de M. Blanquet a été mentionné plus haut, le principe de primauté a fait l'objet d'une attention particulière dans sa dimension procédurale. Sur ce point, la réflexion de la doctrine en langue anglaise apporte des éclairages que nous avons largement utilisé pour nos démonstrations. Il faut alors citer des contributions comme celle de A. Von Bogdandy et S. Schill (« Overcoming Absolute Primacy »), et celle de J. Delicostopoulos (« Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems »). En abordant une approche plus politique et critique, l'ouvrage de K. J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, a lui aussi pu être source de réflexion.

a. Ouvrages

ALTER K. J., *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford University Press, 2001, 258 p.

BLANQUET M., *L'article 5 du traité CEE : recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994, 502 p.

CONSTANTINESCO L.-J., *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2006, 145 p.

b. Articles

ALLOTT P., « The crisis of European constitutionalism: Reflections on the revolution in Europe », *CMLR*, 1997, vol. 34, pp. 439-490.

AMTENBRINK F., « The European Court of Justice's Approach to Primacy and European Constitutionalism – Preserving the European Constitutional Order? », *in* H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 35-64.

AZOULAI L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD eur.*, 2008, n. 4, p. 29.

AZOULAI L., « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, p. 859.

BERGERÈS C., « Théorie de l'inexistence en droit communautaire », *RTD eur.*, 1989, pp. 395-683.

BERR G., « Les dispositions de droit communautaire directement applicables », *CDE*, 1970, vol. 3, pp. 3-49.

BERTRAND B., « La jurisprudence Simmenthal dans la force de l'âge. Vers une complétude des compétences du juge national ? », *RFDA*, 2011, pp. 367-376.

BETLEM G., « The Doctrine of Consistent Interpretation », *in* J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, pp. 77-103.

BLUMANN C., « Quelques réflexions sur la notion de communautarisation dans le cadre de l'union européenne », *in Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 61-76.

BOGDANDY (VON) A. ET SCHILL S., « Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity Under the Lisbon Treaty », *CMLR*, vol. 48, 2011, pp. 1417-1453.

CONSTANTINESCO V., « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », *in Du droit internatonal au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 97-114.

CURTIN D., « The constitutional structure of the Union: A Europe of bits and pieces », *CMLR*, 1993, vol. 30, pp. 17-69.

DELICOSTOPOULOS J., « Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems », *ELJ*, 2003, n. 9, pp. 599-613.

DOUGAN M., « Judicial Activism or Constitutional Interaction? Policymaking by the ECJ in the Field of Union Citizenship », *in* H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 113-147.

GAUDET M., « Conflits du droit communautaire avec les droits nationaux », *Centre européen universitaire, Nancy*, 1967, p. 59.

GAUTIER Y. et **MELLERAY F**., « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *RAE-LEA*, 2003-2004, p. 27.

HALLSTEIN W., « Primauté du droit communautaire sur le droit des États membres », Débat juridique sur le rapport Dehousse, *Session du Parlement européen*, 1965.

JACQUET J.-M., « La fonction supranationale de la règle de conflit de loi », *RCADI*, 2001, pp. 154-248.

KOVAR R., « Observations sur l'intensité normative des directives », *in Du droit international au droit de l'intégration - Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 359-372.

LOUIS J.-V., « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? », *in Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz., Paris, 2010, pp. 443-461.

MEHDI R., « Primauté du droit de l'Union européenne », *JCl Europe*, avril 2013, fasc. 196.

MOLINIER J., « Primauté du droit de l'Union européenne », *Répertoire communautaire Dalloz*, 2013.

PEERS S., « European Communities and EEA, Taking supremacy seriously », *ELR*, 1998, p. 154.

PESCATORE P., « L'application directe des traités européens par les juridictions nationales », *RTD eur.*, 1969, pp. 697-723.

RIDEAU J., « Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes », *AJDA*, 1996, p. 6.

SIMON D., « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ? », *in L'Europe et le Droit, mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 481-494.

TEMPLE LANG J., « The Duties of National Courts under Community Constitutional Law », *ELR*, 1997, n. 22, p. 3.

TEMPLE LANG J., « The Duties of National Authorities under Community Constitutional Law », *ELR*, 1998, n. 23, pp. 110-132.

TEMPLE LANG J., « Developments, issues, and new remedies - the duties of national authorities and Courts under article 10 of the EC Treaty », *Fordham International Law Journal*, vol. 27, n. 4, pp. 1904-1939.

TEMPLE LANG J., « The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts and the Community Institutions under Article 10 EC Treaty », *Report for the XIX F.I.D.E. Congress*, 2000, vol. 1, p. 373.

TEMPLE LANG J., « The duties of cooperation of national authorities and Courts under Article 10 E.C.: two more relfections », *ELR*, 2001, vol. 26, n. 1, pp. 86-93.

WITTE B. DE, « Retour à « Costa ». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *RTD eur*., 1984, pp. 298-299.

3. Répartition et exercice des compétences

Sur la répartition des compétences, nombreuses sont les systématisations opérées par la doctrine, dont les plus connues sont largement citées dans les développements. Des travaux plus récents, prenant en compte l'apport du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 ont actualisé ces réflexions, et il faut citer l'ouvrage collectif dirigé par le professeur E. Neframi (*Objectifs et compétences dans l'Union européenne*) qui contient des contributions qui ont été utiles à une prise de position dans notre recherche sur la réalité de la répartition des compétences, au premier rang desquelles celle du professeur O. Dubos (« Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences »).

Une fois les compétences réparties, vient la question de leur exercice. Sur ce point, il serait là encore vain de citer à nouveau les écrits majeurs sur le principe de subsidiarité, et nous nous bornerons à faire mention de la récente thèse de F. De Paul Tetang relative à *La subsidiarité inversée en droit européen*, qui aborde le sujet sous un angle qui a particulièrement

enrichi nos travaux, notamment en ce qui concerne le rôle des juridictions nationales dans l'exercice de la compétence procédurale. À ce titre, deux contributions se dégagent, dans l'ordre chronologique : l'article du professeur et ancien référendaire à la Cour de justice D. Ritleng, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », et les actes du colloque organisé en 2010 par le professeur L. Burgorgue-Larsen, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*.

a. Ouvrages

BOSKOVITS K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 1999, 876 p.

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, IREDIES - Pedone, coll. « Cahiers européens », 2011, 168 p.

CHALTIEL F., *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur la souveraineté de l'État membre*, Paris, LGDJ, 2000, 606 p.

CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les communautés européennes : contribution à l'étude de la nature juridique des communautés*, Paris, LGDJ, 1974, 492 p.

DELPÉRÉE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2002, 538 p.

DENIZEAU C., *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, 684 p.

KASTANAS E., *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 444 p.

KERAMEUS K. D., « Political Integration and Procedural Convergence in the European Union », *Am. J. Comp. L.*, 1997, n. 45, pp. 919-929.

KESSEDJIAN C. (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégie des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2014, 277 p.

MALO L., *Autonomie locale et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 719 p.

MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, 704 p.

NEFRAMI E. (DIR.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 438 p.

PICOD F., *Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, Thèse, , Strasbourg, 1994, 517 p.

RIDEAU J., *Les États membres de l'Union européenne : adaptations, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997, 540 p.

SCHUTZE R., *From Dual to Cooperative Federalism, The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 432 p.

PAUL TETANG F. DE, *La subsidiarité inversée en droit européen. Contribution à l'étude des rapports de systèmes entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Poitiers, 2012, 557 p.

PIETRINI S., *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles. Perspective nationale, européenne et internationale*,Paris 10 Nanterre, 2012.

THOMAS F., *Le principe de subsidiarité en droit communautaire*, Paris II Panthéon-Assas, Paris, 1998.

TRIANTAFYLLOU D., *Des compétences d'attribution au domaine de la loi*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 432 p.

VERDUSSEN M. (DIR.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Centre d'études constitutionnelles et administratives », n° 19, 2000, 283 p.

VIANGALLI F., *La théorie des conflits des lois et le droit communautaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 515 p.

WEYEMBERGH A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, coll. « Études européennes », 2004, 404 p.

b. Articles

AZOULAI L., « La formule des compétence retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », *in Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 341-368.

BARBOU DES PLACES S., « Les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale », *in Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 289-326.

BAY LARSEN L., « Some personal remarks on the preliminary rulings of the CJEU in cases concerning the Dublin II Regulation », Bruxelles, 2014.

BERMANN G. A., « Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States », *Columbia Law Review*, 1994, vol. 94, n. 2, pp. 331-456.

BERNARD N., « The future of European economic law in the light of the principle of subsidiarity », *CMLR*, 1996, vol. 33, pp. 633-666.

BERRADA S., « Subsidiarité et proportionnalité dans l'ordre juridique communautaire », *RAE*, 1998, pp. 48-61.

BERTRAND B., « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD eur.*, 2012, n. 2, p. 329.

BLANQUET M., « Compétences de l'Union - architecture générale - délimitation », *JCl Droit international*, 2012, fasc. 161-10.

BLUMANN C. et **MASCLET** J. C., « Compétence communautaire et compétence nationale », *in La Communauté européenne et l'environnement. Travaux de la CEDECE*, Paris, La Documentation française, 1997, pp. 63-105.

BLUMANN C., « Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme », *RAE-LEA*, 2006, n. 1, pp. 11-30.

BRIBOSIA H., « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les États membres », *RMUE*, 1992, n. 4, p. 174.

BURCA G. DE et WITTE B. DE, « The Delimitation of Powers Between the EU and its Member States », *in* A. ARNULL et D. WINCOTT (dirs.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press, 2002, p. 537.

BURGORGUE-LARSEN L., « À propos de la notion de compétence partagée, Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *RGDIP*, 2006, pp. 373-390.

BURGORGUE-LARSEN L., LABOUZ M.-F. et DAUBS T., « Le Comité des Régions : « gardien de la subsidiarité » ? », *Europe*, octobre 1994, pp. 1-4.

CONSTANTINESCO V., « Subsidiarité... vous avez dit subsidiarité ? », *RMUE*, 1992, n. 4, pp. 227-230.

CONSTANTINESCO V., « Le principe de subsidiarité, un passage obligé vers l'Union européenne », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 42.

CLERGERIE J. L., « Les origines du principe de subsidiarité », *LPA*, 1993, n. 97, pp. 34-39.

CHARPENTIER J., « Quelle subsidiarité ? », *Pouvoirs*, 1994, n. 69, pp. 49-62.

CONSTANTINESCO V., « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTD eur.*, 2005, pp. 305-317.

CONSTANTINESCO V. et **MICHEL V**., « Compétences communautaires », *Répertoire communautaire*, 2002, n. 53 à 61.

CROSS E. D., « Pre-emption of member state law in the European Economic Community : a framework for analysis », *CMLR*, 1992, pp. 447-472.

DELMAS-MARTY M., « Principes d'attribution, de subsidiarité et d'identité natioanle des États membres », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 329-336.

DINTILHAC F., « Subsidiarité », *Répertoire communautaire Dalloz*, 1999.

DUBOS O., « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », *in Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 293-314.

FINES F., « Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires ? », *RAE-LEA*, 2003-2004, n. 1, pp. 37-46.

GAUDIN H., « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité », *RAE-LEA*, 1998, pp. 10-27.

GAUDISSART M. A., « La subsidiarité : facteur de (des)intégration européenne ? », *JT*, 6 mars 1993, n. 5666, pp. 173-182.

GOUCHA SOARES A., « Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity », *ELR*, 1998, n. 23, pp. 133-145.

FOURGOUX J. C., « La subsidiarité, mythe politique ou principe juridique d'application pratique ? », *RJC*, 1994, pp. 221-232.

JASTRZEBSKA B., « Le principe de respect de l'identité nationale des États membres - signification incertaine d'une disposition ambitieuse », *in* S. Besson et P. Pichonnaz (dirs.), *Les principes en droit européen*, Paris, LGDJ, coll. « Fondements du droit européen », 2011, pp. 163-184.

KESSEDJIAN C., « Introduction », *in Autonomie en droit européen*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, pp. 11-20.

KOVAR R., « Compétences des Communautés européennes », *JCl Europe*, Fasc. 420.

LELEUX P., « Le rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *CDE*, 1968, p. 129-131.

LENAERTS K., « Les répercutions des compétences de la Communauté européenne sur les compétences externes des État membres et la question de la préemption », Collège d'Europe n. 45, éd. P. Demaret, 1986, vol.233.

LOUIS J.-V., « Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres », *Revue d'intégration européenne*, 1979, n° 3, pp. 355-374.

MARTUCCI F., « L'autonomie entre efficacité et proximité. Quelques réflexions sur la subsidiarité », *in Autonomie en droit européen*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2013, pp. 21-40.

MARTINICO G., « Dating Cinderella: On Subsidiarity as a Political Safeguard of Federalism in the European Union », *European Public Law*, 2011, vol. 17, n. 4, pp. 649-660.

MAUBERNARD C., « L' « intensité modulable » des compétences externes de la Communauté européenne et de ses États membres. L'avis 2/00 de la Cour du 6 décembre 2001 relatif à la conclusion du protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques », *RTD eur*., 2003, p. 229.

MICHEL V., « Institutions et compétences. Que reste-t-il de la réforme ? », *ADE*, 2006, n. 4, pp. 81-100.

NEFRAMI E., « Le principe de solidarité des Etats membres vis-à-vis du droit communautaire : Le devoir de loyauté », Université de Grenoble, 2006.

PHILIP C. et **BOUTAYEB C.**, « Principe de subsidiarité », *in Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 1023-1034.

PESCATORE P., « Les répartitions de compétences entre la Communauté et ses États membres », *in La Communauté et ses États membres, Actes du 6ème colloque de l'IEJE*, La Haye, M. Nijhoff, 1973, pp. 61-93.

PRECHAL S., « Competence Creep and General Principles of law », *Rev. Eur. Adm. L.*, 2010, n° 1, pp. 5-22.

REICH N., « How Proportionate is the Proportionality Principle? Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the ECJ », *in The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 83-111.

RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », *in Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 21-47.

ROLLIN H., « Détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États (rapports et projet de résolutions définitifs) », *Annuaire de l'institut de droit international*, 1952, n. 44, pp. 137-180.

ROSA (DE LA) S., « Le traité de Lisbonne et la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. Clarification ou régression ? », *ADE*, 2006, pp. 101-122.

SCHYFF (VAN DER) G., « The Constitutional relationship between the European Union and its Member states: the role of National identity in article 4(2) TEU », *ELR*, 2012, vol. 35, n. 5, pp. 563-583.

STROZZI G., « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attente », *RTD eur.*, 1994, pp. 373-390.

TOTH A. G., « The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty », *CMLR*, 1992, pp. 1079-1105.

VANDER ELST R., « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne », *in* WAELBROECK M. (dir.), *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1976, pp. 1-14.

VERDUSSEN M. ET WILLEMART E., « La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques », *in* M. Verdussen (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant,

2000, pp. 251-277.

VILARAS M., « Cour de justice des Communautés européennes et particularités constitutionnelles des États membres », *in Cours suprêmes nationales et cours européennes : concurrence ou collaboration ? In memoriam Louis Favoreu*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 289-303.

WAELBROECK M., « The emergent doctrine of Community pre-emption-consent and redelegation », *in* T. SANDALOW et E. STEIN (dirs.), *Courts and Free Markets, Perspectives from the United States and Europe*, Oxford University Press, 1982, pp. 548-580.

WALKER C. F., « The principle of subsidiarity », *Irish Jour. Eur. Law*, 1995, pp. 30-47.

WITTE B. DE, « Droit communautaire et valeurs constitutionnelles nationales », *Droits*, 1991, n. 14, p. 87.

B. Mise en œuvre par les États membres

La mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres est l'objet même de toute recherche en contentieux lié à la répartition des compétences. Dans ce cadre, l'action du juge national est un des pans incontournables de cette mise en œuvre. Les travaux du professeur A. Barav sur le juge national en tant que juge de droit commun du droit communautaire constituent dans ce domaine une étape majeure dans notre recherche, qu'il s'agisse de sa thèse datant de 1983 (*La fonction communautaire du juge national*) ou de sa contribution aux Mélanges J. Boulouis (« La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire »). Toujours sur ce thème, il faut relever le travail de mise à jour et de renouvellemment de la notion de fonction de juge de droit commun du droit communautaire assurée par le juge national effectué par le professeur O. Dubos (*Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*).

Sur la notion précise d' « autonomie procédurale », l'ouvrage complet du professeur D.-U. Galetta est à notre connaissance le travail le plus complet sur le sujet en dehors d'une thèse de doctorat (*Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*). Il a été publié au cours de notre recherche d'abord en italien puis, face aux demandes pressantes de membres de la doctrine, a été traduit et publié en anglais.

1. Subsidiarité juridictionnelle

La subsidiartié juridictionnelle, versant procédural du principe de subsidiarité, englobe la répartition de l'exercice de la compétence procédurale. Sur ce point, nombreux sont les ouvrages et les contributions qui ont joué un rôle déterminant dans cette recherche. Sans pouvoir être exhausitf, peut être cité en premier lieu l'ouvrage collectif dirigé par H.-W. Micklitz et B. de Witte est riche de réflexions sur l'état de la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres dans tous ses aspects (*The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*). De même, les articles de D. Simon et de J. Dupont-Lasalle sur la subsidiarité juridictionnelle ont constitué une base de travail utile permettant de lier cette notion à celle d'*autonomie* procédurale, et donc de *compétence* procédurale.

La contestation de la notion d'autonomie des États membres en matière procédurale a pour points de départ essentiels les écrits de trois auteurs. Deux d'entre eux, A. Rosas et M. Bobek défendent l'inexistence d'une *autonomie* procédurale (respectivement «Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », et *Constitutional Law of the EU*[2098]). Le troisième, W. Van Gerven, propose quant à lui la notion de *compétence* procédurale, déterminante pour notre recherche (« Of Rights, Remedies and Procedures »).

a. Ouvrages

AZOULAI L., *Les garanties procédurales en droit communautaire*, Thèse dactylographiée, Institut européen de Florence, 2000, 635 p.

AUBY J.-B. et **DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J**., *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1122 p.

BARAV A., *La fonction communautaire du juge national*, Université Robert Schuman, Strasbourg, 1983.

BAUT-FERRARÈSE (LE) B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des états membres*, Thèse de doctorat, Université Jean Moulin (Lyon III), 1996, 839 p.

BERTRAND B., *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p.

BICHOT J., COULANGE P. et LECAILLON J.-D., *La subsidiarité*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, 116 p.

DUBOS O., *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2001, 1015 p.

GALETTA D.-U., *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the « Functionalized Procedural Competence » of EU Member States*, Springer, 2011, 145 p.

MICKLITZ H.-W. et **WITTE (DE) B**. (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, 414 p.

ROCCATI M., *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, du marché intérieur à la coopération civile*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 632 p.

SIRINELLI J., *La transformation du droit administratif par le droit de l'Union européenne - Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, 2011, 617 p.

[2098] Cet ouvrage n'est pas référence en bibliographie, conformément au choix de ne pas mentionné de manuel. Pour les références l'ouvrage dans les développements, voir *Liste des auteurs cités*.

b. Articles

ACETTO M. et **ZLEPTNIG** S., « The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law », *European Public Law*, 2005, vol. 11, n. 3, pp. 375-403.

ADINOLFI A., « The 'procedural autonomy' of the member States and the constraints stemming from the ECJ's case law: is judicial activism still necessary? », *in* Hans-Wolfgang MICKLITZ et Bruno DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 281-303.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *RAE*, 1998, pp. 28-47.

ARNULL A., « Rights and Remedies: Restraint of Activism? », *in* A. BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 15-23.

AUBY J.-B., « Le droit administratif européen : entre l'observation et l'hypothèse », *AJDA*, 1996, Hors-série, pp. 189-195.

AUBY J.-B., « Les axes de transmission du droit administratif européen », *Dr. adm*., avril 2014, 4, repère 4.

AZOULAI L. et **DUTHEIL DE LA ROCHÈRE** J., « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », *in L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2009, p. 1.

BARAV A., « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *in Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1990, pp. 1-20.

BARBIER-LE BRIS (LE) M., « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », *in Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, 2006.

BASEDOW J., « The Judge's Role in European Integration. The Court of Justice and its Critics », *in* Hans-Wolfgang MICKLITZ et Bruno DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intesentia, 2012, pp. 65-79.

BOBEK M., « Why there is no principle of 'procedural autonomy' of the member States? », *in* Hans-Wolfgang MICKLITZ et Bruno DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 305-323.

BONICHOT J.-C. et GRÉVISSE F., « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », *in Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1990, pp. 297-310.

BRIDGE J., « Procedural aspects of the enforcement of European community law through the legal system of the member States », *ELR*, 1984, p. 28.

CANIVET G., « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, 1992, n. 20-21, pp. 133-141.

CANIVET G., « Le droit communautaire et le juge national », *in* D. SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 81-95.

CASSIA P., « La mise en oeuvre du droit communautaire dans le contentieux administratif », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 793-809.

CRUZ VILAÇA J. L. DA, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 279-306.

DELICOSTOPOULOS J. et **SZYSZCZAK E.**, « Intrusions into the principle of national procedural autonomy, the French paradigm », *ELR*, 1997, pp. 141-149.

DUBEY B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution », *CDE*, 2003, n. 1-2, p. 87-134.

DUPONT-LASALLE J., « La « subsidiarité juridictionnelle », instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, 2012, n. 80, pp. 47-71.

ELIANTONIO M., « The Future of National Procedural Law in Europe: Harmonisation vs. Judgemade Standards in the Field of Administrative Justice », *Electronic Journal of Comparative Law*, septembre 2009, vol. 13, n. 3.

FENNELLY N., « The National Judge as Judge of the European Union », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 61-79.

FERNANDEZ ESTEBAN M. L., « National Judges and Community law: The Paradox of the Two Paradigms of Law », *Maastricht Journal*, 1997, n. 4.

GERVEN (VAN) W., « Of Rights, Remedies and Procedures », *CMLR*, 2000, n. 37, pp. 501-536.

GERVEN (VAN) W., « Bridging the Gap Between Community and National Law: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies? », *CMLR*, 1995, n. 32, pp. 679-702.

GIRAUD A. et **TAYAR D.**, « L'autonomie procédurale des États membres à l'épreuve du principe d'effectivité du droit communautaire : la Cour est-elle un arbitre impartial ? », *LPA*, 2007, n. 133, pp. 8-13.

GIRERD P., « Les principes d'équivalence et d'effectivité, encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres », *RTD eur.*, 2002, pp. 75-102.

GUILLARMOD J., « Autonomie procédurale des États (articles 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg », *in* P. Mahoney, Matscher, Petzold et Wildhaber (dirs.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag K. G., 2000, pp. 617-633.

HAAPANIEMI P., « Procedural Autonomy: a Misnomer? », *in Eurpeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009.

HOSKINS M., « Tilting the balance : supremacy and national procedural rules », *ELR*, 1996, pp. 365-377.

JANS J. H. et JONG M. de, « Somewhere between Direct Effect and *Rewe*/*Comet* », *in* K.-H. LADEUR (dir.), *The Europeanisation of Administrative Law: Transforming National Decision-Making Procedures*, Aldershot, 2002, pp. 68-92.

KAKOURIS C., « Existe-t-il une « autonomie » procédurale judiciaire des États membres ? », *in État – Loi – Administration, Mélanges en l'honneur d'E. Spiliotopoulos*, Sakkoulas-Bruylant, 1998, pp. 159-179.

KAKOURIS C., « Do the Member States possess judicial procedural autonomy? », *CMLR*, 1997, pp. 1390-1391.

KAKOURIS C., « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (quelques réflexions parfois peu conformistes) », *in Du droit international au droit de l'intégration – Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 319-345.

LOUIS J.-V., « La collaboration des États membres à la mise en œuvre du droit communautaire », *in Le droit de la C.E.E. Commenaire Mégret*, 2ème éd., Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, coll. « Études européennes », 1993, vol.10, pp. 591-601.

MEHDI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports des systèmes », *in 50 ans de droit communautaire, Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 615.

MEHDI R., « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *in* J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 685-726.

MERTENS DE WILMAR J., « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des Etats membres », *in L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1990, pp. 391-408.

NEVILLE BROWN L., « National Protection of Community Rights: Reconciling Autonomy and Effectiveness », *in* Andrea BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, p. 25.

NOURISSAT C., « Retour sur l'autonomie procédurale », *Procédures*, 2007, n. 8, pp. 68-67.

ORMAND R., « L'utilisation particulière de la méthode d'interprétation des traités selon leur « effet utile » par la Cour de justice », *RTD eur*., 1976, n. 1, pp. 624-634.

PERNICE I., « The Right to Effective Judicial Protection and Remedies in the EU », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 381-395.

PESCATORE P., « Monisme, dualisme et « effet utile » dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne », *in Une Communauté de droit*, Berlin, Verlag, 2003, pp. 329-342.

POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », *in Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113-156.

RIDEAU J., « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *D.*, 1974, pp. 149-157.

RIDEAU J., « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903.

SARMIENTO D., « National Voice and European Loyalty. Member State Autonomy, European Remedies and Constitutional Pluralism in EU Law », *in* Hans-Wolfgang MICKLITZ et Bruno DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 325-345.

SIMON D., « La subsidiarité juridictionnelle : notion gadget ou concept opératoire ? », *RAE-LEA*, 1998, pp. 84-94.

SIMON D., « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », *in* L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, coll. « Cahiers européens », 2011, pp. 27-43.

TRIDIMAS T., « Constitutional review of Member State action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction », *Int. Journ. Cons. Law*, 2011, n. 9, pp. 737-756.

TRIDIMAS T., « Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 367-379.

2. Procédures

Il serait vain de vouloir référencer dans ce commentaire les écrits qui ont été le plus exploités, tant il a été nécessaire de se référer à une large variété d'entre eux face à la multiplicité de modalités procédurales. Néanmoins, certaines contributions peuvent être mentionnées à l'image de l'article du professeur P. Cassia sur le droit au juge en droit de l'Union (« Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective »), qui doit être combiné avec les contributions de S. Prechal et R. Widdershoven qui esquissent une ligne de partage avec le critère d'effectivité (« Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship » et « Redefining the Relationship between « *Rewe*-effectiveness » and Effective Judicial Protection »).

De même, doivent être mentionnés ici les regards critiques portés sur la jurisprudence de la Cour de justice par certains auteurs. Il peut s'agir d'A. Arnull (« The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse? ») à propos la place du droit à une protection juridictionnelle effective dans la jurisprudence, ou encore de L. Coutron sur les atteinte à

l'autorité de la chose décidée (« La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE 12 février 2008, aff. C-2/06) »).

a. Ouvrages

Le contrôle juridictionnel en matière de droit de la concurrence et des concentrations, Luxembourg, OPOCE, coll. « Communautés européennes. Tribunal de première instance », 1994, 136 p.

AALTO P., *Public Liability in EU Law. Brasserie, Bergaderm and Beyond*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011, 240 p.

ARDANT P., *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, LGDJ, 1956, 291 p.

BERGÉ J.S., **NIBOYET** M.L. et **FALLON** M. (dirs.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres : colloque international, session internationale d'études doctorales, Paris X, 28 janvier-1er février 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 316 p.

BIONDI A. et LONBAY J. (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, 230 p.

CASSIA P., *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002, XII-1045 p.

CAVALLINI J., *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

CHABERT DE V. DUCHEMIN DE V. A., *La restitution de l'indu en droit communautaire*, Université Panthéon-Sorbonne, Paris, 1991.

COUTRON L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 512 p.

DAHLGAARD D. D., *Public Procurement: A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, Kluwer Law International, 1999.

DOUGAN M., *National Remedies Before the Court of Justice*, Hart Publishing, 2004, 418 p.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2009, 298 p.

FARTUNOVA M., *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2010, 661 p.

FERNANDEZ M. J. M., *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 321 p.

GAUDEMET-TALLON H., *Compétence et exécution des jugements en Europe : règlement n. 44-2001 conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ème éd., Paris, LGDJ-Lextenso, 2010, 563 p.

GILLIAUX P., *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1024 p.

GUINCHARD S. et **FERRAND F**., *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30ème éd., Paris, Dalloz, 2010, 1583 p.

HATZOPOULOS V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes – Bruxelles, Sakkoulas – Bruylant, 1999, 567 p.

HIRSCH A., **JUNOD C.-A. et MACHERET A**. (dirs.), *La restitution de taxes perçues indûment par l'État*, Genève, Georg, 1976, 254 p.

IDOT L., *Droit communautaire de la concurrence : le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Paris-Bruxelles, Forum européen de la communication-Bruylant, 2004, 351 p.

JANS J.H. et **LANGE R**. **De**, *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, 418 p.

KOVAR R., *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, 1978.

LENAERTS K. et **ARTS D**., *Procedural Law of the European Union*, 2ème éd., Sweet & Maxwell, 2006, 1026 p.

MITCHELL C. et SWADLING W. (dirs.), *The restatement third, restitution and unjust enrichment: critical and comparative essays*, Oxford ; Portland, Oregon, Hart, coll. « Hart studies in private law », 2013, 309 p.

NATAREL É., *Construction communautaire et mutations du droit national : le code des douanes français en question*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, 401 p.

POELEMANS M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 754 p.

RIDEAU J. (DIR.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, 230 p.

SCHERMERS H. G. et **WAELBROECK D. F**., *Judicial protection in the European Union*, 6ème éd., Kluwer Law International, 2001, 920 p.

SINANIOTIS D., *The Interim Protection of Individuals before the European and National Courts*, Kluwer Law International, 2006, 173 p.

STORME M., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne. Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht, Kluwer, 1993, 224 p.

TINIÈRE R., *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 708 p.

VAERINI JENSEN M., *Exécution du droit communautaire par les États membres : méthode communautaire et nouvelles formes de gouvernance*, Bruxelles-Paris, Helbing & Lichtenhahn-Bruylant-LGDJ, 2007, 305 p.

VANDERSANDEN G. et **DONY M**. (dirs.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire : études de droit communautaire et de droit national comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1997, 413 p.

VARAUT J.-M., *Le droit au juge*, Paris, Quai Voltaire, coll. « Parti pris », 1991, 286 p.

b. Articles

AFILALO A., *How far Francovich? Effective judicial protection and associational standing to litigate diffuse interests in the European Union*, http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/98/98-1-.html.

ALONSO GARCÍA R., « Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional : a propósito del asunto Cartesio, STJCE de 16 diciembre de 2008 (C-210/06) », *Revista Española de Derecho Europeo*, 2009, n. 30, pp. 197-222.

ANAGNOSTARAS G., « The quest for an effective remedy and the measure of judicial protection afforded to putative Community law rights », *ELR*, 2007, n. 33, pp. 727-739.

ARNOLD R., « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand », *AJDA*, 1996, pp. 110-117.

ARNULL A., « The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse? », *ELR*, 2011, n. 36, pp. 51-70.

AUBERT DE VINCELLES C., « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *RTD eur*., 2012, p. 666.

AUBRY H., POILLOT É. et **SAUPHANOR-BROUILLAUD N**., « Droit de la consommation », *D*., 18 avril 2013, p. 945.

AUBY J.-B., « Le droit administratif européen : entre l'observation et l'hypothèse », *AJDA*, 1996, spécial, pp. 189-192.

AZOULAI L., « Les formes de la sanction juridictionnelle », *in* I. PINGEL et D. ROSENBERG (dirs.), *Sanctions contre les États en droit communautaire*, Paris, Pedone, 2006, pp. 17-28.

BAMBUST I., « L'harmonisation par la procédure : vers un « procès européen »... L'exécution des décisions dans l'espace judiciaire européen », *Gaz. Pal.*, 2008, n. 233, pp. 32-34.

BAQUERO CRUZ J., « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », *in* L. AZOULAI et L. BURGORGUE-LARSEN (dirs.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », 2006, p. 241.

BARAV A., « The Effectiveness of Judicial Protection and the Role of National Courts », *in Judicial Protection of Rights in the Community Legal Order, Symposium of the European Lawyers' Union*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 259-298.

BARAV A., « Enforcement of Community rights in the national courts : the case for jurisdiction to grant interim relief », *CMLR*, 1989, pp. 369-390.

BARAV A., « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE*, 1981, p. 507.

BARAV A. et SIMON D., « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *RMC*, 1987, p. 165.

BARBIER DE LA SERRE É., « Beyond effectiveness and uniformity: The rise of consistency », *Concurrences*, 2012, n. 2, pp. 26-34.

BAUMÉ T. et **BOURGEOIS J**., « Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law », *Etudes Européennes Juridiques, Collège d'Europe*, 2004, pp. 4-5.

BAZEX M., « La procédure de récupération des aides illégales », *Dr. adm*., mai 2010, n. 5, comm. 74.

BERGÉ J.-S., « Principe communautaire d'autonomie procédurale et droit national des contrats », *Revue des contrats*, 2003, vol. 1, pp. 71-79.

BERGÉ J.S., « Du droit de l'Union européenne et du droit du travail : de l'applicabilité à l'invocabilité », *in* L. Burgorgue-Larsen, E. Dubout, A. Maitrot de la Motte et S. Touzé (dirs.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, IREDIES - Pedone, coll. « Cahiers européens », 2012, pp. 71-86.

BERR G. « Joined Cases C-6/90 and 9/90, *Francovich* v. *Italy*, *Bonifaci* v. *Italy* Judgment of the Court of Justice of 19 November 1991 », *CMLR*, 1992, p. 573.

BERR G., « Dualité de juridiction et unité du droit douanier », *RFDA*, 1990, pp. 842-849.

BERR G., « Examen de validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté », *CDE*, 1975, p. 379.

BIONDI A., « The European Court of Justice and certain national procedural limitations : not such a tough relationship », *CMLR*, 1999, n. 36, pp. 1271-1287.

BOISVILLIERS P.-D. DE, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », *RSC*, 1993, p. 694.

BONICHOT J.-C., « Le juge national et la protection du droit communautaire. Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », *RFDA*, 1990, n. 5, pp. 912-920.

BORRACCETTI M., « Fair trial, due process and rights of defence in the EU legal order », *in Ius gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, 2011, pp. 95-107.

BRUNET P., « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », *in Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 247-250.

BURCA (DE) G., « National Procedural Rules and Remedies: the Changing Approach of the Court of Justice », *in* Andrea BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 37-46.

BURGORGUE-LARSEN L., « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *RDP*, 2008, n. 4, p. 1245.

CANIVET G., « Procedural autonomy: Is it time for convergence un Europe? Propos introductifs », *Concurrences*, 2012, n. 2, pp. 23-25.

CANIVET G., **BARBIER DE LA SERRE É.** et **IDOT L.**, « Procedural Autonomy : Is it time for convergence in Europe ? », *Concurrences*, 2012, n. 2.

CANIVET G. et **HUGLO J.-G.**, « L'obligation du juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck », Europe, 1996, p. 1 », *Europe*, 1996, p. 1.

CAPPELLETTI M., « The Judicial Process », *in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 340-344.

CASSIA P., « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *in* J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 415-434.

CASSIA P. et **SAULNIER-CASSIA E.**, « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », *Receuil Daloz*, 2010, p. 1234.

CATALANO N., « La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traités de Rome », *RTD eur.*, 1966, pp. 272-382.

CAZET S., « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt Heemskerk », *Europe*, juillet 2009, n. 7, pp. 4-8.

CHEYNEL B., « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », *RLC*, 2007, n. 13, pp. 33-37.

CHRISTIANOS V. et **FILALI O.**, « L'accès des consommateurs à la justice dans la Communauté européenne », *in Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 265-285.

CLEYNENBREUGEL (VAN) P., « Judge-Made Standards of National Procedure in the Post-Lisbon Constitutional Framework », *ELR*, 2012, n. 37, pp. 90-100.

COUTRON L., « Quand le délai raisonnable prend le pas sur l'obligation de percevoir la TVA : licéité d'une loi ordonnant la clôture automatique des procédures pendantes devant les juridictions fiscales de troisième instance », *RTD eur.*, 2012, p. 595.

COUTRON L., « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE 12 février 2008, aff. C-2/06) », *RTD eur.*, 2009, p. 69.

COUTRON L., « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : franche innovation ou faux semblant ? », *RAE-LEA*, 2005, n. 4, pp. 659-686.

DELAVENNE J.-F., « Y a-t-il une « autonomie procédurale » des États membres en matière d'attribution de la charge de la preuve ? », *Gaz. Pal.*, mai-juin 2003, doctr., pp. 1640-1644.

DIBOUT P., « La restitution des taxes perçues en violation d'une directive communautaire et la prescription », *Revue de droit fiscal*, 1998, n. 11, pp. 349-354.

DON H. et O'KEEFFE S., « Procedural Puzzles and Convergence », *Concurrences*, 2012, n. 2, pp. 35-40.

DUBOS O., « Le droit à un procès équitable dans la législation de l'Union : la protection juridictionnelle des particuliers au service de l'effectivité de la norme européenne », *in Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2012, pp. 137-157.

DUBOUT E., « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, n. 70, pp. 397-425.

DUBOUT E., « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTD eur.*, 2007, p. 427.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques. 1993-1994 », *RTD eur.*, 1994, p. 665-680.

ENGSTRÖM J., « National Court's Obligation to Apply Community Law Ex Officio - The Court Showing new Respect for Party Autonomy and National Procedural Autonomy? », *Rev. Eur. Adm. L.*, 2008, n° 1, pp. 67-89.

FEDERICO G. DI, « EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem », *European Public Law*, vol. 17, n. 2, pp. 241-260.

FINES F., « Subsidiarité et responsabilité », *RAE-LEA*, 1998, n. 1, pp. 95-101.

FITZPATRICK B. ET SZYSCZAK E., « Remedies and Effective Judicial Protection in Community Law », *The Modern Law Review*, 1994, n. 3, pp. 434-441.

FLAUSS J.-F., « Droit communautaire, Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif », *AJDA*, 1996, Hors-série, pp. 156-160.

FLYNN L., « When national procedural autonomy meets the effectiveness of Community law, can it survive the impact ? », *ERA Forum*, 2008, vol. 9, n. 2, pp. 245-258.

FROMONT M., « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996, Hors-série, pp. 178-184.

GAUDIN H., « Jurisprudence communautaire de la Cour de justice de l'Union européenne (2009) », *RDP*, 2005, n. 5, pp. 1556-1562.

GÉRARD A., « Les limites et les moyens juridiques de l'intervention des Communautés européennes en matière de protection de l'environnement », *CDE*, 1975, pp. 14-30.

GUILLAUME G., « Conclusions générales », *in Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 217-224.

HUGLO J.-G., « La mise en œuvre des mesures communautaires environnementales par les États membres », *in* J. C. MASCLET (dir.), *La Communauté européenne et l'environnement. Travaux de la CEDECE*, Paris, La Documentation française, 1997, pp. 137-157.

IDOT L., « Le réseau européen de concurrence et l'impact de l'autonomie procédurale », *Europe*, janvier 2011, n. 1, p. 2.

IDOT L., « L'année 2011 en droit de la concurrence : Propos introductifs », *Contrats Concurrence Consommation*, 2012, vol. n.6.

IDOT L., « Autonomie procédurale : faut-il réinterpréter le principe pour assurer l'effectivité du droit de la concurrence ? », *Revue Concurrences*, 2012, n. 3.

IDOT L., « Procedural autonomy: Is it time for convergence? Les leçons du droit international privé », *Concurrences*, 2012, n. 2, pp. 41-52.

JACOBS F. G., « Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Striking the Balance », *in* Andrea BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 25-36.

JARVIS M., « Remedies for Breach of EC Law Before French Courts », *in* Andrea BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 185-201.

JOLIET R., « La protection juridictionnelle des particuliers contre les manquements étatiques », *RFDA*, 1994, n. 5, pp. 865-874.

KARPENSTEIN P. et MAESTRIPIERI C., « La restitution de taxes perçues indûment par l'État en droit communautaire », *in La restitution des taxes indûment perçues par l'État*, Genève, Études suisses de droit européen, 1976.

KOOPMANS T., « European Public Law : Reality and Prospects », *Public Law*, 1991, pp. 53-63.

KOVAR R., « Le droit national d'exécution de droit communautaire : essai d'une théorie de l' « écran communautaire » », *in Europe et le droit, Mélanges J. Boulouis*, Paris, Dalloz, 1990.

KOVAR R., « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », *in Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, Commission des Communautés européennes, Perspectives européennes, 1982, p. 115.

KOVAR R., « L'effectivité interne du droit communautaire », *in La Communauté et ses États membres, Actes du 6ème colloque de l'IEJE*, La Haye, M. Nijhoff, 1973, pp. 201-233.

LABAYLE H., « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers », *RFDA*, 1992, p. 619-642.

LÉGER PH., « Le droit à un recours juridictionnel effectif », *in Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

LEVAL (DE) G., « L'harmonisation de la procédure : vers un « procès européen »... du prononcé à l'exécution des décisions », *Gaz. Pal.*, 2008, n. 233, pp. 28-32.

LEVIN R., EMMERT F. et FEDDERSEN C., « Judicial Review in the Administrative Law of the European Union », *Conference Papers - Law & Society*, 2007, p. 1.

LOCK T., « Are there exceptions to a Member State's duty to comply with the requirements of a Directive?: Inter-Environnement Wallonie », *CMLR*, 2013, vol. 50, n. 1, pp. 217-230.

MEGRET C., « Les droits propres des personnes en droit communautaire et leur protection par les juridictions des États membres », *JDI*, 1976, pp. 376-386.

MEHDI R., « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente) », *RTD eur.*, n. 1, 1996, pp. 77-100.

MENJUCQ M., « Transformation transfrontalière : la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne ! », *JCP G*, octobre 2012, pp. 1834-1840.

MICKLITZ H.-W., « The ECJ between the individual citizens and the Member States - A plea for a judge-made European law on remedies », *in The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 349-400.

NOURISSAT C. et FRADIN O., « Le titre exécutoire européen », *Gaz. Pal*., 2006, n. 300, pp. 33-36.

OLIVER P., « Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence », *CDE*, 2005, pp. 351-394.

OLIVER P., « Interim measures: some recent developments », *CMLR*, 1992, pp. 7-27.

ORTLEP R. et VERHOEVEN M. J. M., « The Struggle of the Dutch Council of State in Applying *Marks & Spencer* », *Rev. Eur. Adm. L.*, 2008, n° 1, pp. 91-100.

PACHNOU D., « Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness », *Pub. Proc. L. Rev.*, 2000, n. 2, p. 69.

PEERBUX-BEAUGENDRE Z., « Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA*, 2005, p. 473.

PERRIN A., « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale des États membres ? (à propos de la décision de la CJCE du 18 juillet 2007, Commission c/ Allemagne) », *RDP*, 2008, n. 6, pp. 1661-1688.

POILLO-PERRUZZETTO S., « Affirmation de l'application du droit national en matière de procédure », *Contrats – concurrence – consommation*, mars 2005, n. 3.

PESCATORE P., « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », *in Rechtsvergleichung, Europarecht une Staatenintegration, Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Berlin, Carl Heymanns Verlag K. G., 1983, pp. 559-579.

PETER J. W., « Kobler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this », *CMLR*, 2004, n. 41, pp. 177-190.

PICHERAL C., « Rapport introductif », *in Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2012, pp. 3-38.

PICOD F., « Le droit au juge en droit communautaire », *in* J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, pp. 141-170.

PICOD F., « Droit au juge et voies de droit communautaire : un mariage de raison », *in L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de P. Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 907-920.

PRECHAL S. et **WIDDERSHOVEN** R., « Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship », *in* T. BAUMÉ, P. PHOA, E. ELFERINK et D. THIAVILLE (dirs.), *Today's Multilayered Legal Order: Current Issues and Perspectives, Liber amicorum in honour of Arjen W.H. Meij*, Paris Legal Publishers, 2011, pp. 283-294.

PRECHAL S. et WIDDERSHOVEN R., « Redefining the Relationship between « *Rewe*-effectiveness » and Effective Judicial Protection », *Rev. Eur. Adm. L.*, 2011, n° 2, pp. 31-50.

PRECHAL S., « Community law in national courts: The lessons from Van Schijndel », *CMLR*, 1998, n. 35, pp. 681-706.

PRECHAL S., « EC Requirements for an Effective Remedy », *in* A. BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 3-13.

PRIETO C., « Concurrence : consolidation des acquis et perspectives », *Conférence Cour de cassation, cycle Droit de l'Union européenne*, février 2012.

PRIETO C., « Actions de groupe parmi les recours collectifs, impulsions et démonstrations en droit européen de la concurrence », *D.*, juillet 2012, p. 1831.

PUISSOCHET J.-P. et **LEGAL H.,** « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Contrats – concurrence – consommation*, 2001, pp. 149-159.

RASMUSSEN H., « Why is Article 173 Interpreted against Private Plaintiffs? », *ELR*, 1980, p. 112.

RAYMOND G., « Clauses abusives », *JCl Concurrence - Consommation*, 2012, Fasc. 820.

RIDEAU J., « Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit », *in Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 3-7.

RIDEAU J., « Article II-107 – Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », *in* L. Burgorgue-Larsen, A. Levade et F. Picod (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II – La Charte des droits fondamentaux de l'Union. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 589-607.

RITLENG D., « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », *in Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Paris, Nemesis, coll. « Droit et justice », 2012, pp. 103-135.

SCHIEK D., « Fundamental Rights Jurisprudence Between Member States' Prerogatives and Citizens' Autonomy », *in* Hans-Wolfgang MICKLITZ et Bruno DE WITTE (dirs.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 219-258.

SCHMIDT-ASSMANN E., « Les influences réciproques entre droits administratifs nationaux et droit administratif européen », *AJDA*, 1996, Hors-série, pp. 146-155.

SCHUTTER O. DE, « La protection juridictionnelle provisoire dans le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux », CRIDHO Working Paper, 2005, http://cridho.uclouvain.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2005.08.pdf.

SCHWARZE J., « Convergences et divergences des droits administratifs de l'Union européenne », *AJDA*, 1996, Hors-série, pp. 140-145.

SHARPSTON E., « Interim Relief in the National Courts », *in Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 47-54.

SIMON D., « Répétition de l'indu », *Répertoire communautaire Dalloz*, 2008.

SIMON D., « Les juges européens et le droit de la transition », *in Repenser le « droit transitoire »*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 75-96.

SIMON D., « La responsabilité de l'Etat saisie par le droit communautaire : la jurisprudence Brasserie du Pêcheur, Factortame, British Telecom, Hedley Lomas. », *AJDA*, 1996, n° 7, p. 489.

SPENCER J., « The concept of « european evidence » », *ERA Forum*, 2003, pp. 29-38.

STEFANOU C. et **XANTHAKI H.**, « Are National Remedies the Only Way Forward? Widening the Scope of Article 215(2) of the Treaty of Rome », *in* Andrea BIONDI et J. LONBAY (dirs.), *Remedies for Breach of EC Law*, Londres, Chichester, 1997, pp. 85-101.

TASH A. P., « Remedies for European Community Law Claims in Member State Courts: towards a European Standard », *Columbia Journal of Transnational Law*, 1993, n. 34, p. 377.

TATON X. et **HAEGEN (VAN DER) O.**, « Le droit européen des recours juridictionnels en matière de régulation : un recul de l'autonomie procédurale des États membres », *JDE*, juin 2011, pp. 157-166.

TCHAKALOFF M.-F. C., « Les obligations communautaires des États membres en matière de transparence », *in* Joël RIDEAU (dir.), Paris, LGDJ, 1999, pp. 175-194.

TESAURO G., « The effectiveness of judicial Protection and Co-operation Between the Court of Justice and the National Court's », *YEL*, 1994, n. 14, p. 1.

TESAURO G., « La sanction des infractions au droit communautaire », *XVth FIDE Congress, Lisbonne*, 1992.

TINIÈRE R., « La concurrence des sources du droit », *in Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2012, pp. 63-83.

TRIDIMAS T., « The CJEU and the Specificity of Preliminary Reference Rulings: Some Reflections », *in* S. BESSON et P. PICHONNAZ (dirs.), *Les principes en droit européen*, Paris, LGDJ, 2011, pp. 331-353.

USHER J., « Duty-free exemptions clarified », *ELR*, 1981, pp. 451-453.

VANDERSANDEN G., « Le droit communautaire », *in* G. VANDERSANDEN et M. DONY (dirs.), *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 5-61.

WAELBROECK D. F., « Remedies for Violation of Public Procurement Rules in the EC Member States », *in Privatisations and Public Procurement in the European Union*, Leuven, Leuven University Press, 1998.

WARD A., « More than an « Infant Disease ». Individual Rights, EC Directives, and the Case for Uniform Remedies », *in* J. M. PRINSSEN et A. SCHRAUWEN (dirs.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, pp. 43-75.

WATTEL P.-J., « National Procedural Autonomy and Effectiveness of EC Law Challenge the Charge, File for Restitution, Sue for Damages? », *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, vol. 35, n. 2, pp. 109-132.

WATTEL P.-J., « Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this », *CMLR*, 2004, vol. 41, n° 1, pp. 177-190.

ZINGALES N., « How Member State Liability Trumps National Procedural Autonomy: An Apology of (Partial) Immunity for Judicial Breach of EU Law ».

C. Système procédural français

La mise en œuvre juridictionnelle du droit de l'Union étant, de fait, du ressort du juge de droit commun du droit de l'Union qu'est le juge national, les questions de compétence procédurale visent les modalités procédurales qui se logent dans les systèmes procéduraux nationaux. Ainsi, les études sur l'application en France du droit de l'Union qui visent particulièrement les modalités procédurales du juge sont nombreuses. De l'ouvrage d'E. Prévédourou (*L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*) à la thèse de C. Haguenau-Moizart (*L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des*

problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand), des articles de doctrine viennent enrichir encore le corpus de contributions qui ont façonné cette recherche. Peut à ce titre être cité le président B. Genevois, qui fournit des lectures décloisonnées de la jurisprudence du Conseil d'État (par exemple « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État »).

À côté de ces auteurs qui ont écrit sur la mise en œuvre du droit de l'Union en droit interne, d'autres, tout en écrivant en droit interne seulement, on pu influencer notre recherche. À ce titre la dynamique doctrinale initiée par les professeurs A. Viala et L. Favoreu sur la classification des réserves d'inteprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (respectivement *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* et « La décision de constitutionnalité »), croisée avec les réflexions de T. Tridimas sur la présence d'une telle technique dans la jurisprudence de la Cour de justice (« Bifurcated Justice: The Dual Character of Judicial Protection in EU Law »[2099]), ont permis de sceller les fondations de notre raisonnement sur cette question.

1. Ouvrages

AMILHAT M., *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Emile Bruylant, 2014, 678 p.

BONICHOT J.-C., CASSIA P. et POUJADE B., *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2011, 1378 p.

BOUSSARD S., *L'étendue du contrôle de cassation devant le Conseil d'État : un contrôle tributaire de l'excès de pouvoir*,Dalloz, Paris, 2002, 470 p.

BROYELLE C., La responsabilité de l'État du fait des lois, Paris, LGDJ, 2003, 454 p.

BUFFET-TCHAKALOFF M.-F., *La France devant la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Économica-PUAM, 1985, 404 p.

BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 694 p.

CASSIA P., « Droit administratif français et droit de l'Union européenne », *RFDA*, 2007, p. 402.

CASSIA P., *Les référés administratifs d'urgence*, Paris, LGDJ, 2003, 198 p.

CASSIA P., *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, Dalloz, 2002, 1045 p.

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., Paris, E. de Boccard, 1927, vol.1, 763 p.

ECKER G. et GAUTIER Y., *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, PUS, 2007, 460 p.

DELVALLEZ C.-É., *Le juge administratif et la primauté du droit communautaire*, Paris, L'Harmattan, 2011, 358 p.

[2099] Article référencé dans la subdivision *Subsidiarité juridictionnelle* ci-dessus.

FOURNOL I., *Le principe de sécurité juridique en droit communautaire et en droit administratif français*, Thèse dactylographiée, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1999, 470 p.

GUINCHARD S., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 2013, 1422 p.

HAGUENAU-MOIZARD C., *L'application effective du droit communautaire en droit interne : analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 619 p.

JEANNEAU B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Éditions du Recueil Sirey, 1954, 287 p.

MALAURIE M., *Les restitutions en droit civil*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1990, 313 p.

MANNO T. Di, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Economica - PUAM, 1997, 617 p.

MEHDI R., *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire, l'exemple français*, Thèse, Université Rennes I, Rennes, 1994, 572 p.

MUSCAT H., *Le droit français de la responsabilité publique face au droit européen*, Éditions L'Harmattan, 2001, 513 p.

NIZARD DE SAINT-DIDIER S., *La répétition de l'indu*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 1998, 374 p.

PETIT J., *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », n° 195, 2002, 662 p.

POTVIN-SOLIS L., *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, LGDJ, 1999, 799 p.

PREVEDOUROU E., *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherches sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 289 p.

RICHARD V., *Le droit et l'effectivité : contribution à l'étude d'une notion*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2003, 1216 p.

SEILLER B. (dir.), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, Economica, 2012, 190 p.

TEITGEN P. H., *L'application du droit communautaire par les juridictions françaises : leçons données les 28 et 29 janvier 1965*, Bruxelles, Clarence Denis, 1965, vol. 1, 24 p.

VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 313 p.

VISSCHER C. DE, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, 269 p.

VOCANSON C., *Le Conseil d'État français et le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2012, 694 p.

2. Articles

ABRAHAM R., « Extension du contrôle du Conseil d'État à la qualification juridique des faits en matière de police des étrangers ressortissants des États membres de la Communauté européenne », *AJDA*, 1991, p. 322.

ATIAS C., « L'erreur grossière du juge », *D.*, 1998, chron. 280.

AZOULAI L., « Le Conseil d'État, nouvelle autorité de droit européen », *RJEP*, juillet 2008, 655, comm. 30.

AZOULAI L., « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (juillet 2010 – juillet 2011) », *Europe*, décembre 2011, chron. 4, n. 12.

AZOULAI L., « Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation (juillet 2009 – juillet 2010) », *Europe*, décembre 2010, chron. 2, n. 12.

BACCI B. et CALISTI J.-L., « L'article L190 (al. 3) du LPF est-il compatible avec le droit communautaire ? », *Droit fiscal*, 1996, n. 10, p. 100021.

BAILLEUL D., « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 2004, p. 1626.

BAZEX M., « Incompatibilité avec le droit communautaire du règlement de France Télécom refusant la communication à des éditeurs d'annuaires concurrents le nom des abonnés figurant sur la liste orange », *AJDA*, 1996, p. 1033.

BELORGEY J.-M., « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions du Conseil d'État français », *RA*, 1999, n° 4, pp. 78-91.

BERNARD E., « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », *in Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, 2007, pp. 91-127.

BEZZINA A.-C., « 2004-2014 : Les dix ans de la jurisprudence AC ! », *RFDA*, 2014, p. 735.

BIANCARELLI J., « L'influence du droit communautaire sur l'organisation administrative française », *AJDA*, 1996, pp. 22-27.

BLANCHET D., « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle ? », *RTD eur.*, 2001, p. 397.

BURGORGUE-LARSEN L., « Portée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : la patience est de mise », *AJDA*, 2005, pp. 845-850.

Busseuil G., « L'action en réparation du dommage du fait d'un produit défectueux : le difficile équilibre entre harmonisation totale et autonomie procédurale des États membres », *Europe*, avril 2010, étude 4, n. 4, pp. 5-9.

Bertrand B., « L'interprétation des actes administratifs unilatéraux », *Dr. adm.*, décembre 2010, 12, étude 23.

Bonichot J.-C., « Le droit communautaire et le droit administratif français », *AJDA*, 1996, Hors-série, pp. 15-19.

Bouty C., « Chose jugée », *Rép*. *Procédure civile*, janvier 2014.

Carbonnier J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, l'année sociologique », *L'année sociologique*, 1957, série 3, p. 3-17.

Cassia P., « Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française », *RFDA*, 2005, p. 465-471.

Cassia P., « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA*, 2002, p. 20-32.

Cassia P., « Le juge administratif français et la validité des actes communautaires », *RTD eur.*, 1999, p. 409.

Cassia P., « Imbroglio autour de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », *Receuil Daloz*, 2010, p. 1234.

Cassia P., « Nouvelles variations sur la hiérarchie et l'agencement des normes internes, internationales et de l'Union européenne », *RFDA*, 2013, p. 653.

Dubouis L., « Règlement communautaire et loi nationale postérieure. A propos de la décision du Conseil d'Etat du 24 septembre 1990 M. Boisdet », *RFDA*, 1991, p. 172.

Favoreu L., « L'application des décisions du Conseil constitutionnel par le Conseil d'État et le Tribunal des conflits », *RFDA*, 1987, p. 264.

Favoreu L., « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, vol. 38, n° 2, pp. 611-633.

Février J.-M., « La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA*, 1995, p. 867-874.

Freget O. et **Herrenschmidt F**., « Les mesures conservatoires devant le Conseil de la concurrence : la 'procédure conservatoire' en question ? (première partie) », *Lamy Droit économique*, n. 186, 2005, pp. 1-9.

Freget O. et **Herrenschmidt F**., « Les mesures conservatoires devant le Conseil de la concurrence : la 'procédure conservatoire' en question ? (suite et fin) », *Lamy Droit économique*, n. 187, 2005, pp. 1-9.

Galmot Y., « L'apport des principes généraux du droit communautaire à la garantie des droits dans l'ordre juridique français », *CDE*, 1997, p. 70-79.

GAUDEMET Y., « Les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridiction », *RFDA*, 1990, p. 764.

GENEVOIS B., « Le Conseil d'État et l'ordre juridique communautaire », *EDCE*, 1980 1979, p. 73.

GENEVOIS B., « Observations sous Conseil d'État, 22 octobre 1979, Union démocratique du travail », *AJDA*, janvier 1980, pp. 39-46.

GENEVOIS B., « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*, 2009, pp. 201-213.

GILTARD D., « Procès administratif et droit processuel », *AJDA*, 2014, p. 1015.

HAGELSTEEN M.-D., « Le juge doit-il soulever d'office l'incompatibilité d'un texte avec une directive communautaire ? », *RFDA*, 1991, p. 652.

HUGLO J.-G., « Voies et moyens d'application du droit communautaire », *JCl Europe*, 2005, fasc. 490.

HUGLO J.-G., « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, décembre 2001, n. 11.

IDOT L., « Accès aux dossiers des autorités de concurrence dans le cadre d'actions en réparation », *Europe*, février 2012, comm. 86, n. 2.

JACQUÉ J. P., « À propos de la guerre des juges ; accords et désaccords entre juges français et la Cour de justice des Communautés européennes », *Rev. admin. Est de la F.*, 1981, n° 4, p. 33.

KALFLÈCHE G., « Application du droit de l'Union par les juridictions administratives (mai 2011 - octobre 2011) », *Europe*, novembre 2011, chron. 3, n. 11.

KALFLÈCHE G., « Application du droit de l'Union par le Conseil d'État (janvier – décembre 2009) », *Europe*, mars 2010, chron. 1, n. 3.

KOVAR R., « Le Conseil d'État et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », *D.*, 1992, pp. I - 210.

LABAYLE H. et MEHDI R., « Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel », *RDFA*, 2013, p. 691.

LAGARDE X., « Relevé d'office et ordre public de protection », *JCP G*, avril 2001, n° 15, pp. I - 312.

LOUVARIS A., « Le Conseil d'État, juridiction suprême en réseau : une illustration », *D.*, 2005, n. 13, pp. 859-864.

MAYNAUD A., « La bonne administration de la justice et le juge administratif », *RFDA*, 2013, p. 1029.

MEHDI R., « The french suprem courts and EU law : between a historical compromise and an accepted loyalty », *CMLR*, 2011, vol. 48, nº 2, p. 439.

MERCUZOT B., « L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative », *in Cahiers du CURAPP, Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, 1993.

MILLET F.-X., « Le dialogue des juges à l'épreuve de la QPC », *RDP*, 2010, n. 6, pp. 1729-1750.

MONTAGNER G. et DEBARD T., « Droit de l'Union européenne et procédure civile », *Rép. Procédure civile*, mars 2014.

PICARD E., « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, juillet/août 1998, numéro spécial, p. 6.

PIWNICA E., « Le droit au juge devant les juridictions françaises », *in* J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 173-180.

PLATON S., « La pratique du Conseil d'Etat en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA*, 2015, p. 260.

POISSONNIER G., « Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », *D.*, 2014, p. 1307.

RITLENG D., « Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire – 1er juillet – 31 décembre 2009 », *RTD eur.*, 2010, p. 453.

RITLENG D., « Le dualisme juridictionnel à l'épreuve de l'effectivité du droit de l'Union », *RTD eur.*, 2012, p. 926.

RIVERO J., « Compte rendu sur le fascicule n° 3 des », *Études et Documents du Conseil d'État, RDP*, 1950, pp. 468-470.

ROUSSEAU D., « Toujours 'Vive la QPC' ? Oui ! », *Gaz. Pal.*, octobre 2010, n. 147, pp. 16-18.

SCHWARZE J., « Convergences et divergences des droits administratifs de l'Union européenne », *AJDA*, 1996, Hors-série, pp. 140-145.

SEILLIER B., « Le droit communautaire et le principe de séparation des autorités », *RFDA*, 1996, p. 1161.

STAHL J.-H., « La recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs : une nouvelle avancée. Conclusions sur Conseil d'État, Section, 30 octobre 1998, Ville de Lisieux (deux espèces) », *RFDA*, 1999, p. 128.

VINCENT P.-A., « Les recours en révision contre les arrêts du Conseil d'État », *RDP*, 1938, p. 423.

VOGEL L., « Approche matérielle : l'exemple de la concurrence », *CREDA - La Commission européenne et le droit. Dynamique institutionnelle et régulation de la concurrence dans une Communauté de droit*.

III – Droit européen des droits de l'homme

Outre les manuels de référence sur les droits de l'homme en général tels celui de F. Sudre (*Droit européen et international des droits de l'homme*, 11ème éd., 2012, PUF, 944 p.), ou de J.-F. Renucci (*Droit européen des droits de l'homme*, 5ème éd., 2013, LGDJ, 830 p.), et les incontournables *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* (Thémis, PUF, 6ème éd., 2011, 848 p.), que nous ne référençons pas ici même s'ils ont été justement utilisés et cités, il faut relever l'apport majeur de l'ouvrage de P. Gilliaux, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, en ce qu'il défriche largement le traitement par la Cour de justice et par la Cour européenne des droits de l'homme des modalités du droit au juge. Cette contribution a permis de construire à côté d'elle un raisonnement propre au sujet de cette thèse, sans avoir à revenir, par conséquent, sur un travail déjà accompli.

Sur le statut des principes généraux du droit, l'étude du professeur L. Dubouis dans les *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau* fut déterminante, en ce qu'elle apporte à la réflexion sur l'influence que le statut du principe général peut avoir sur la place de la protection juridictionnelle effective. Cette réflexion, pour être confrontée et aiguisée, doit être comparée aux deux contributions du professeur F. Sudre dans l'ouvrage collectif dirigé par J. Rideau de 2000 et à la revue *REA-LEA*.

A. Ouvrages

Définition et limites du principe de subsidiarité: Rapport préparé, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 1994, 44 p.

Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux, Rennes, Apogée, 2006, 830 p.

BARBATO J.-C. et **MOUTON J.-D.**, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 334 p.

BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire, Thèse*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 643 p.

BURGORGUE-LARSEN L., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, 219 p.

CARLIER J.-Y, **SCHUTTER** O. DE et **MARCUS-HELMONS** S. (dirs.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : son apport à la protection des droits de l'homme en Europe. Hommage à Silvio Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 304 p.

GILLIAUX P., *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1024 p.

MILANO L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2006, 674 p.

NEUWAHL N. A. et ROSAS A. (dirs.), *The European Union and Human Rights*, La Haye, M. Nijhoff, 1995, 336 p.

PANAGOULIAS K. I., *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2011, 114 p.

PAPADOPOULOU R.-E., *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 313 p.

PETTITI L.-E., *La Convention européenne de droits de l'homme*, 2e éd., Paris, Économica, 1999, 1230 p.

RUBI-CAVAGNA E., *Les principes fondamentaux dans la jurisprudence des juridictions suprêmes*, Saint-Étienne, Université Jean-Monnet, 2004, 318 p.

SUDRE F. (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014, 412 p.

B. Articles

ANDRIANSIMBAZOVINA J., « La convention européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », *Europe*, octobre 1998, p. 3.

AZOULAI L., « The Case of Fundamental Rights; A State of Ambivalence », *in The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, 2012, pp. 207-217.

BERTRAND B., « Cohérence normative et désordres contentieux. À propos de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *RDP*, 2012, n. 1, pp. 181-215.

BONICHOT J.-C., « Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 du Traité sur l'Union européenne », *in La conscience des droits, Mélanges en l'honneurs de Jean-Paul*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 49-65.

BRATZA N., « The European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Process of Mutual Enrichment », *in La Cour de justice et la construction de l'Europe*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 167-181.

BURGORGUE-LARSEN L., « Les résistances des États de droit », *in* J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LJDG, 2000, pp. 423-458.

CABRAL P. et NEVES R., « General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect », *European Public Law*, 2011, vol. 17, n. 3, pp. 437-451.

DUBOUIS L., « Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ? », *in Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2002, p. 77-?

DUBOUT E., « La procéduralisation des droits », *in* F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014, pp. 265-300.

GIRARD C., « Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs (réflexions sur la problématique générale) », *in* RUIZ-FABRI H., *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, SLC, 2003, pp. 22-23.

FLAUSS J.-F., « Principes généraux du droit communautaire dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des États membres », *in Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, en hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 49-65.

GERKRATH J., « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'union européenne ? », *RAE-LEA*, 2006, n.1, p. 31-43.

LABAYLE H., « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 75.

LAMBERT-ABDELGAWAD E., « Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 715.

LESSI J., « Les questions préjudicielles du juge administratif à l'autorité judiciaire », *AJDA*, 2015, p. 274.

MAUBERNARD C., « Union européenne et Convention européenne des droits de l'homme : l'équivalence procédurale », *RAE-LEA*, 2006, n. 1, pp. 65-81.

MOLINIER J., « Principes généraux », *Répertoire communautaire Dalloz*, 2012.

RENOUX T., « Le droit au recours juridictionnel », *JCP G*, 1993, 3675 (doctr.).

ROSAS A., « The European Court of Justice and Fundamental Rights: Yet Another Case of Judicial Activism? », *in* C. BAUDENBACHER et H. BULL (dirs.), *European Integration Through Interaction of Legal Regimes*, Oslo, Universitetsforlaget, 2007.

SEIFERT A., « L'effet horizontal des droits fondamentaux », *RTD eur.*, 2012, n. 4, pp. 801-826.

SIMON D., « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n. 14, pp. 73-86.

SUDRE F., « Le recours aux « notions autonomes » », *in* F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Nemesis - Bruylant, 1998, p. 93.

SUDRE F., « Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne », *in* J. Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 207-220.

SUDRE F., « L'Union européenne et les droits de l'homme. De quelques interrogations... », *RAE-LEA*, 2006, n. 1, pp. 7-9.

SUEUR J.-J., « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux », *in Les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 15-57.

SZYMCZAK D., « Le principe de subsidiarité dans tous ses états », *in* F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis-Anthémis, 2014, pp. 17-40.

WEILER J., « Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: on Standards and Values in the Protection of Human Rights », *in* N. A. NEUWAHL et A. ROSAS (dirs.), *The European Union and Human Rights*, La Haye, M. Nijhoff, 1995, pp. 51-76.

IV – Droit international

Si ce sont des États qui ont créé les institutions des Communautés leur donnant, notamment à la Cour de justice, des traits qui leur étaient familiers, le droit international n'est pas en reste dans les sources d'inspiration historique. D'une part, il peut s'agir de la compréhension de grandes notions du droit international comme l'effectivité, dont la thèse du professeur J. Touscoz, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, reste une aide précieuse pour l'étude de la réception du droit international en droit interne, et pour comprendre le sens de l'effectivité dans un ordre juridique.

D'autre part, le droit international nous a permis de nourrir une réflexion autour de l'origine internationale de ce que la doctrine en droit l'Union nomme l'autonomie procédurale. L'apport a pu aussi bien venir du droit international public. Un court ouvrage du professeur J. Rideau publié en 1971 (*Droit international et droit interne français*) permet de déceler un positionnement doctrinal sur le statut du droit communautaire dans l'ordre international, qui pourrait expliquer l'affirmation, un an plus tard, de l'idée d'une « autonomie » en droit communautaire. L'apport a de même pu venir du droit international privé, et l'article du professeur P. Louis-Lucas (« Conflit de lois – Théorie générale ») a permis de mieux connaître les ressorts de l'autonomie de procédure dans cette discipline. Il a alors été plus aisé de remonter aux fondements du droit international privé pour tenter de le comparer au droit de l'Union, grâce notamment à la thèse du professeur H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé.*

A. Ouvrages

Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Paris, Dalloz, 2005, 840 p.

Batiffol H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, 346 p.

Bouche N., *Le Principe de Territorialité de la Propriété Intellectuelle*, Éditions L'Harmattan, 2002, 618 p.

Brant L. N., *L'autorité de la chose jugée en droit international public*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », 2003, 396 p.

Couveinhes F., *L'effectivité en droit international public*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2011, 798 p.

Jacquet J.-M., *Principe d'autonomie et droit applicable aux contrats internationaux*, Paris, Économica, 1983, 342 p.

Rideau J., *Droit international et droit interne français*, Paris, Armand Colin, 1971, 111 p.

Scheeck L., *Les Cour européennes et l'intégration par les droits de l'homme, thèse, IEP de Paris*, 2006, 537 p.

Simon D., *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales (Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle)*, Paris, Pedone, 1981, 936 p.

SOUVIGNET X., *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 574 p.

TOUSCOZ J., *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, 1964, 280 p.

B. Articles

BILLARANT S., « Une révolution européenne en droit international privé ? Les incidences du droit de l'Union européenne sur le droit international privé à la lumière du statut des personnes », *in* L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE et S. TOUZÉ (dirs.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, IREDIES - Pedone, coll. « Cahiers européens », 2012, pp. 307-358.

DUBOUT E., « La relativité de la distinctions des normes du droit de l'Union européenne et du droit international », *in* L. BURGORGUE-LARSEN, A. MAITROT DE LA MOTTE et S. TOUZÉ (dirs.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, IREDIES - Pedone, coll. « Cahiers européens », 2012, pp. 17-52.

FOHRER-DEDEURWAERDER E., « Conflits de lois », *JCl Droit international*, 2011, Fasc. 539-10.

FORTEAU M., « La contribution de l'Union européenne au développement du droit international général - Les limites du particularisme ? », *JDI*, 2010, n. 3, pp. 887-900.

GOLDMAN B., « Introduction », *JCl Droit international*, 1960, Fasc. 5.

KELSEN H., « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP*, 1936, n. 43, p. 26.

HILL A., « State procedural law in federal nondiversity litigation », *Harvard Law Review*, novembre 1955, vol. 69, n. 1, pp. 66-117.

HUET A., « Compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux », *JCl Droit international*, 2011, Fasc. 581-10.

LIPSTEIN K., « General Principles of Private International Law », *RCADI*, 1972, vol. 135, pp. 99-229.

LOUIS-LUCAS P., « Conflits de lois, Théorie générale », *JCl Droit international*, 1959, Fasc. 530-A.

LOUIS-LUCAS P., « Henri Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé », *RIDC*, 1958, pp. 190-194.

MARTIN-CHENUT K., « Le renforcement des obligations positives de nature pénale dans la jurisprudence interaméricaine : l'exemple des graves violations des droits de l'homme commises pendant les dictatures des pays du Cône Sud », *RSC*, 2012, p. 705.

MAYER P., « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC*, 1986, pp. 467-485.

MAYER P., « Droit international privé et Droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP*, 1979, n. 1, p. 370.

MIAJA DE LA MUELA A., « Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international », *RCADI*, 1972, t. 135, n. 10, pp. 24-120.

NIOCHE M., « Reconnaissance d'une décision étrangère d'incompétence prise sur le fondement d'une clause attributive de juridiction », *RCDIP*, 2013, pp. 686-699.

OVERBECK A. E. VON, « Juge interne et conventions de droit international privé », *RCADI*, 1971, vol. 132, pp. 9-102.

SCHUCK P. H., « Civil Liability of Judges in the United States », *Am. J. Comp. L.*, 1989, n. 37, p. 655-673.

THÉRY P., « L'encadrement par le droit international », *in Repenser le « droit transitoire »*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 43-56.

VERDROSS A. VON, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale », *RCADI*, 1935, vol. 52, pp. 191-249.

VIAL C., « Les interactions dans le domaine environnemental. La relation symbiotique entre le droit de l'Union européenne et le droit international », *in* L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE et S. TOUZÉ (dirs.), *Les interactions normatives. Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, IREDIES - Pedone, coll. « Cahiers européens », 2012, pp. 249-262.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements 7

SOMMAIRE 9

Liste des abréviations 10

INTRODUCTION 14

I – La diffusion de l'idée d'autonomie 15

II – De l'autonomie à la compétence procédurale 22

III – Un champ matériel élargi 29

Chapitre introductif – L'absence d'autonomie : l'affirmation d'une compétence procédurale 34

Section 1 – Un droit écrit univoque 38

I – Une répartition par domaines dans les traités 38

A. La répartition de compétences entières 39

1. Le système général de répartition des compétences 39

2. L'indissociabilité des questions substantielles et procédurales 43

B. La discrétion du droit écrit sur les questions procédurales 48

1. L'absence de dispositions sur les procédures juridictionnelles internes 48

2. Quelques exceptions ne remettant pas en cause ce constat 51

II – Le rôle déterminant du droit dérivé dans la qualification de *compétence* 53

A. L'exercice par l'Union de sa compétence procédurale 53

1. Une *compétence* plutôt qu'une *autonomie* 53

2. Les mises en œuvre de la compétence procédurale par le droit dérivé 57

B. Les lacunes procédurales de la législation de l'Union 61

Section 2 – Une expression de la subsidiarité juridictionnelle 66

I – L'interprétation doctrinale d'une *autonomie* 66

A. Le parallélisme en droit international 67

B. L'acclimatation à l'*autonomie* procédurale 70

II – De la compétence procédurale à la subsidiarité juridictionnelle 76

A. De la compétence procédurale à la subsidiarité 76
B. De la subsidiarité à la subsidiarité juridictionnelle 80

Conclusion du chapitre 87

PARTIE I – UN ENCADREMENT PROTÉIFORME DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE 91

TITRE I – LES CRITÈRES CLASSIQUES D'ÉQUIVALENCE ET D'EFFECTIVITÉ 97

Chapitre I – Des natures comparables 101

Section 1 – Des critères innommés 104
I – L'inexistence de principes 104
A. Un principe est la formulation de l'idée de droit 104
B. Le principe doit rester l'exception pour ne pas affaiblir la légalité 106
II – L'existence critères complexes 107
A. Au fondement, des critères 107
B. Au final, des tests 108
Section 2 – Des tests consubstantiels 111
I – Des fondements communs 111
A – L'obligation de loyauté, fondement tronqué 111
1. Une obligation commune aux deux critères 112
2. L'imparfaite pénétration de la loyauté 115
B – La prise en compte du contexte, révélation ambigüe 119
1. Un approfondissement du contrôle assumé 119
2. Une identité nationale réaffirmée 128
II – Des critères cumulatifs 131
A – Une validité subordonnée 131
B – Une analyse surabondante 135
1. Une inapplicabilité en dehors du renvoi préjudiciel 135
2. Un intérêt certain dans le cadre du renvoi préjudiciel 137
a. L'obligation de répondre à la question posée 137
b. La volonté d'éviter un retour du contentieux 140

Conclusion du Chapitre I 143

Chapitre II – Des régimes distincts 145

Section 1 – L'équivalence : un critère d'application rigide 148
I – Un critère décomposé 149

A. Une équivalence partielle 149
1. L'interdiction d'un traitement moins favorable 150
2. La possibilité d'un traitement plus favorable 153
B. Une appréciation en deux temps 158
1. La nécessaire présence d'un droit matériel interne similaire 158
a. Les critères de la comparaison des droits 158
b. La remise en question du critère en l'absence d'un droit équivalent 162
2. La recherche d'un traitement équivalent des deux droits 164
II – L'évitement de l'interprétation du droit interne 165
A. Un désintérêt général 165
1. Des compétences préjudicielles limitatives 165
2. Un désintérêt trois fois formulé 166
B. Un intérêt ponctuel 167
SECTION 2 – L'effectivité : un critère soumis aux aléas 169
I – Une option judiciaire binaire 169
A. Des réponses positives variées 170
B. Une sécurité juridique dans les réponses négatives 171
1. La complexification des situations en présence 171
2. La complexification de la réponse de la Cour 175
II – Une mise en œuvre procédurale *a minima* du droit de l'Union 176
A. L'affaissement de la primauté du droit de l'Union 177
1. Un rôle *a priori* satisfaisant 177
2. Un effet *a posteriori* décevant 179
B. L'adaptabilité de l'effectivité au domaine d'intervention 182

Conclusion du Chapitre II 187

CONCLUSION DU TITRE I 189

TITRE II – L'INTERVENTION D'UN DROIT À UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE 193

Chapitre I – Un droit ancré dans l'encadrement de la compétence procédurale .. 197

Section 1 –Le droit au juge en droit de l'Union 200
I – La fonction initialement palliative d'un principe général 200
II – Le rôle structurant du seul droit au juge 203
A. L'impossible principe général de l'effectivité 203
B. L'incontournable droit au juge 206

Section 2 – La banalisation du droit au juge dans la mise en œuvre procédurale nationale 208
I – L'immixtion du droit au juge dans la mise en œuvre procédurale nationale ... 208
A. Un principe général en mutation 209
1. Une consécration indiscutée 209
2. Un principe primarisé 211
B. Une application aux procédures nationales 214
1. Un principe procédural 214
2. Une application univoque au droit interne 216
II – Un renforcement en devenir de l'encadrement de la compétence procédurale 219
A. Une timide exploitation des objectifs d'intérêt général de la Cour européenne des droits de l'homme 219
1. La faiblesse des références à la jurisprudence conventionnelle 219
2. Une postérité limitée 224
B. Les prémices d'un renforcement de l'encadrement 225

Conclusion du Chapitre I 228

Chapitre II – Un agencement incertain avec les critères d'encadrement de la compétence procédurale 231

Section 1 – Une place variable à l'égard de l'effectivité 234
I. L'absence de consensus dans la doctrine 234
II. Une jurisprudence incertaine 237
A. Les réticences pour son accession au statut de principe directeur 237
1. Un principe directeur pour la grande chambre 238
2. Un débat toujours ouvert pour les chambres 244
B. L'impossible détermination des rapports entre les principes 247
1. Une relation incognoscible 247
2. Une articulation complexifiée 250
a. L'efficacité : une utilisation hiérarchisée 251
b. L'effet utile : une utilisation indéterminée 255
Section 2 – Une place à stabiliser à l'égard de l'effectivité 257
I – La proximité relative de la Cour européenne des droits de l'homme 257
A. Des modalités procédurales visées en commun 257
B. Des distances différentes à l'égard des modalités procédurales 261
II – La nécessaire détermination d'un critère pour la Cour de justice 267

Conclusion du Chapitre II 275

CONCLUSION DU TITRE II 276

CONCLUSION DE LA PARTIE I 278

PARTIE II – UN DÉSENCADREMENT MAÎTRISÉ DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE 283

TITRE I – DES OUTILS VARIÉS DE RÉPARTITION DE LA COMPÉTENCE PROCÉDURALE ... 287

Chapitre I – La justification étatique de l'atteinte à l'effectivité : les « justifications correctives » 291

Section 1 – La nature des « justifications correctives » 294

I – La détermination des justifications 294

A. La dénnomination de la catégorie juridique des « justifications correctives » 294

1. Une référence inopportune aux libertés de circulation 295

2. Une justification spécifique en matière procédurale 299

B. La source des « justifications correctives » 301

1. La méthode d'appropriation 301

2. La classification des « justifications correctives » 305

II – Le succès d'une structure corrective spécifique 307

A. La naissance d'un raisonnement nouveau avec le relevé d'office 307

B. La généralisation en marche du raisonnement 310

Section 2 – Le régime des « justifications correctives » 313

I – La justification étatique de l'atteinte du droit de l'Union 313

A. Des justifications attachées au critère d'effectivité 313

1. L'exclusion du critère d'équivalence 314

2. La justification de *l'atteinte* à l'effectivité 316

a. Les premiers signes des justifications prétoriennes 316

i. L'innovation de la Cour de justice 316

ii. Le rôle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 319

b. La discrétion de la doctrine dans l'analyse des justifications 321

B. Des considérations impérieuses révélées par l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie du 28 février 2012* 322

1. Une considération impérieuse 322

a. Des objectifs non économiques 322

b. Une considération impérieuse reconnue 324

2. La consolidation du raisonnement prétorien 325
II – L'émergence d'un contrôle de proportionnalité 328
A. Une mise en balance avec le critère d'effectivité 328
B. L'embryon d'un contrôle classique 330
1. Un critère d'aptitude de la procédure interne 330
2. Un critère d'entrave minimale de la procédure interne 331

Conclusion du chapitre I 337

Chapitre II – La diversification des invocabilités 339

Section 1 – L'invocabilité directe fondatrice 343
I – L'effet direct primaire 343
A. La transformation de l'effet direct 344
1. Le principe originel de l'effet direct 344
2. Le passage à l'invocabilité directe 347
B. La substitution de norme 348
II. L'effet direct secondaire 350
A. Les situations de conflits indirects 350
B. Les conséquences procédurales de l'effet direct 351
Section 2 – L'invocabilité directe dépassée 355
I – Les invocabilités indirectes 355
A. La disparition de la condition d'effet direct 356
B. L'épanouissement de la justiciabilité 358
1. L'invocabilité d'exclusion 359
2. L'invocabilité d'interprétation conforme 360
3. L'invocabilité de réparation 362
II – Le curseur de l'intervention du juge 365
A. La pratique des réserves d'interprétation 365
1. Les réserves *conditionnelles* 365
2. Les réserves *directives* 367
3. Les réserves *obligatoires* ou la « cassation préventive » 369
B. La prise en compte de l'intensité normative 372
1. Le degré d'harmonisation 373
2. Le domaine d'intervention 378

Conclusion du chapitre II 380

CONCLUSION DU TITRE I 382

TITRE II – LA COHÉRENCE RETROUVÉE DE LA JURISPRUDENCE 387

Chapitre I – Un balancement entre compétence nationale et compétence de l'Union 393

Section 1 – La suffisance de l'exigence d'équivalence dans un contexte normatif faible 396

I – Des conditions permissives du relevé d'office par le juge national 397

A. Un droit de l'Union peu exigeant 397

1. Une obligation en droit de l'Union pour la protection du consommateur 398

2. Une obligation élargie en droit interne français 399

B. L'absence d'une obligation généralisée 403

1. Les limites tenant aux modalités procédurales nationales 403

a. L'opposition du consommateur 403

b. Les délais de recours à peine de forclusion 404

2. Les limites tenant aux justifications invoquées par les États membres 406

a. La protection des droits de la défense 406

b. La protection de la sécurité juridique et de la confiance légitime 407

II – Une limitation erratique des effets dans le temps 409

A. Les délais de forclusion relevant de la compétence nationale 410

1. Une durée libre dans un contexte normatif faible 410

2. Un équilibre entre protection du contribuable et de l'administration 414

B. L'asymétrie des effets dans le passé 416

1. Les multiples points de départ du délai 416

a. Le cantonnement de la solution *Emmott* 416

b. La limitation des effets rétroactifs 421

i. Une jurisprudence rendue éphémère 421

ii. Une jurisprudence peu exigeante 421

2. Les audaces du régime transitoire 424

a. La réduction du délai après un arrêt de la Cour 424

b. La réduction du délai en dehors d'un arrêt de la Cour 427

Section 2 – Les questions non prioritaires pour les rapports entre juges 430

I – La normalisation de l'encadrement des intérêts moratoires 430

A. Une modalité procédurale à l'origine non encadrée 431

1. Une question accessoire en matière de répétition de l'indu 431

a. L'absence de droit dérivé susceptible de guider le juge 431

b. Une tentative d'encadrement 433

2. L'inéligibilité des prestations sociales 435
B. Une obligation d'encadrement désormais généralisée 438
1. Une composante indispensable du dédommagement 438
2. Une obligation nouvelle découlant du droit de l'Union 440
a. L'encadrement exceptionnel des modalités de calcul des intérêts 440
b. L'encadrement normalisé des modalités de calcul des intérêts 441
II – Le contrôle juridictionnel des décisions des autorités nationales 444
A. L'ouverture des recours aux justiciables en droit interne 445
1. L'existence d'une voie de droit 445
2. L'information du justiciable 448
B. La désignation des juridictions compétentes 449
1. La désignation directe du juge compétent 450
a. Une Cour de justice réservée 450
b. Un juge français entré dans le débat 453
2. La qualification des actes de droit interne 456

Conclusion du Chapitre I 459

Chapitre II – Une préemption graduée de l'exercice de la compétence 463

Section 1 – La priorité des rapports entre juges 467
I – L'intérêt constitutionnel du renvoi préjudiciel 468
A. Un exercice quasiment exhaustif de la compétence procédurale 468
1. Des modalités procédurales clairement établies 468
2. Le fondement concurrencé de l'article 267 TFUE 470
B. La timidité du juge français sur les questions procédurales 472
II. La préemption de l'autorité des choses définitives 477
A. L'autorité de la chose jugée 477
1. Une justification établie : le respect de l'autorité de la chose jugée 478
2. Une excuse relative : la nécessaire application effective du droit de l'Union 479
a. La limite matérielle : le cas particulier des aides d'État 480
b. Les limites procédurales 482
i. La violation permanente du droit de l'Union 483
ii. Les mesures provisoires illégales 485
B. Les vicissitudes de l'atteinte à l'autorité de la chose décidée 487
Section 2 – Une préemption par débordement de la compétence procédurale 491
I – L'octroi de mesures provisoires 491

A. Les conditions d'octroi de mesures provisoires 492
1. Le traitement des actes de droit interne supposés contraires au droit de l'Union 493
2. Le traitement des actes de droit interne pris en application du droit dérivé supposé contraire au droit de l'Union 494
B. La variation des exigences en fonction de la distribution des compétences 495
1. La variation en fonction de la nature des actes contestés 496
2. La variation au sein d'actes contestés de même nature 498
II – La préservation des intérêts économiques 499
A. Une réparation issue du droit de l'Union 499
B. Une justification tenant à l'enrichissement sans cause liée aux intérêts financiers de l'Union 505
1. La définition de l'enrichissement sans cause 506
a. Définition générale 506
b. Les facteurs de l'enrichissement sans cause 509
2. La charge de la preuve 511
Conclusion du chapitre II 516
CONCLUSION DU TITRE II 517
CONCLUSION DE LA PARTIE II 519
CONCLUSION GÉNÉRALE 521
INDEX THÉMATIQUE 524
INDEX DE JURISPRUDENCE 531
I – Cour de justice de l'Union européenne 532
A. Tribunal 532
B. Cour de justice 532
II – Cour européenne des droits de l'homme 563
III – Juridictions françaises 565
A. Conseil constitutionnel 565
B. Juridictions de l'ordre administratif 565
1. Tribunal des conflits 565
2. Conseil d'État 566
3. Cours administratives d'appel 568
4. Tribunaux administratifs 568

C. Juridictions de l'ordre judiciaire 568
1. Cour de cassation 568
2. Cours d'appel 571
3. Tribunaux de grande instance 571

INDEX DES AUTEURS CITÉS 573

BIBLIOGRAPHIE THÉMATIQUE 581

I – Généralités et fonction de juger 582
A. Ouvrages 582
B. Articles 585
II – Droit de l'Union européenne 587
A. Généralités 587
1. Notions générales et droit institutionnel 588
a. Ouvrages 588
b. Articles 590
2. Primauté et coopération loyale 594
a. Ouvrages 594
b. Articles 594
3. Répartition et exercice des compétences 596
a. Ouvrages 597
b. Articles 598
B. Mise en œuvre par les États membres 602
1. Subsidiarité juridictionnelle 602
a. Ouvrages 603
b. Articles 604
2. Procédures 607
a. Ouvrages 608
b. Articles 610
C. Système procédural français 618
1. Ouvrages 619
2. Articles 621
III – Droit européen des droits de l'homme 625
A. Ouvrages 625
B. Articles 626
IV – Droit international 628

A. Ouvrages 628
B. Articles 629

TABLE DES MATIÈRES.....631