

L'EFFET DES ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE ET DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Alexandre Defossez^{*}

Nicolas Petit^{**}

^{*} Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

^{**} Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'Université de Liège

INTRODUCTION

1. Truisme du droit communautaire, l'importance de la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes (CJCE) et du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes (TPICE) dans le développement du droit européen est fréquemment soulignée. En revanche, on omet souvent d'indiquer que le rôle moteur de la jurisprudence découle, sinon exclusivement, du moins principalement, des effets puissants qu'exercent les arrêts de la CJCE et du TPICE au sein de la Communauté.

2. Le silence de la doctrine sur ce point n'est pas surprenant. En vérité, la question des effets juridiques des arrêts de la Cour et du Tribunal est soumise au plus grand désordre. Certes, les articles 228, 231 et 233 du Traité CE (TCE)¹ définissent les effets des arrêts en manquement, en annulation et en carence rendus par la Cour. Mais, ces dispositions se contentent souvent de définir certains effets des arrêts (effets dans le temps, par exemple) et laissent sans réponse de nombreuses questions (autorité de la chose jugée, par exemple). De plus, les effets d'autres types de procédure, comme le recours préjudiciel, ne sont tout simplement pas évoqués par le Traité.

3. Pour combler cette double carence, la Cour s'est bien astreinte à définir elle-même, l'effet de ses arrêts. Sa jurisprudence est cependant difficile à synthétiser. Les arrêts dont il est question sont d'abord dispersés sur l'ensemble des matières composant le droit communautaire. Plus fondamentalement ensuite, la Cour est à la fois une « juridiction internationale, une juridiction constitutionnelle et, à l'occasion, une juridiction constituante (...) juridiction politique, juridiction administrative [et] juridiction régulatrice »². Or, le rôle protéiforme assigné à la Cour de Justice – qui s'exprime dans ses nombreux modes de saisine – fait obstacle à l'élaboration d'une théorie unifiée de l'effet des arrêts communautaires.

4. On comprend dès lors bien qu'il relève de la gageure de présenter, en quelques pages, un récapitulatif cohérent des effets des arrêts de la Cour. Par souci de clarté, nous avons donc choisi de diviser notre étude en deux grandes sections. Notre première section s'intéresse, dans une perspective générale, aux effets *immédiats* des arrêts de la Cour (I), c'est-à-dire aux questions d'*opposabilité*, d'*effets dans le temps* et d'*exécution* de ses décisions.

¹ JO, n° C 321E, du 29 décembre 2006.

² C. NOURISSAT, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CJCE », *Procédures*, n°8, août 2007, §5.

5. Notre deuxième section s'intéresse, de façon plus spécifique, aux effets *médiats* des arrêts de la Cour (II). Bien souvent, ces arrêts ont des *répercussions* éminemment pratiques³. Ils ouvrent droit (i) à répétition de l'indu ; (ii) au réexamen de décisions nationales passées en force de chose jugée malgré leur contrariété au droit communautaire ou (iii) à la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des Etats membres.

6. Avant toutefois d'entrer dans le vif du sujet, il n'est pas inutile de dire quelques mots de la Cour de justice ainsi que du Tribunal et, notamment, de délimiter les compétences qui leur sont respectivement dévolues.

7. La Cour de Justice est créée en 1951 par le Traité de Paris (Traité établissant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, ou « CECA »⁴, qui a expiré en 2002)⁵. Chargée d'assurer, pour l'ensemble de la Communauté, « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des Traités »⁶, la Cour se retrouve débordée dans les années 1980, en raison des élargissements successifs et de l'extension des compétences de la Communauté. En 1988,⁷ il est décidé d'adjoindre à la Cour un Tribunal de Première instance, chargé de certains types de recours. Pour délester la CJCE des affaires les plus voraces en ressources juridictionnelles – celles touchant à la fonction publique européenne et au droit de la concurrence –⁸ l'article 225 TCE fonde la compétence du Tribunal sur l'ensemble des recours directs introduits par des personnes physiques ou morales et dirigés contre les actes des institutions communautaires ainsi que contre une abstention de ces institutions⁹. Formellement, il est question des recours en annulation, en responsabilité et des recours en

³ En droit belge, un arrêt du Conseil d'Etat peut avoir le même genre de répercussions. Par exemple, une mise en cause de la responsabilité civile extracontractuelle de l'Etat belge suite à un arrêt d'annulation. Voir sur ce point, P. LEWALLE, *op. cit.*, page 1060 et s.

⁴ Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm#other> (visité le 25 mars 2008)

⁵ Avant de devenir, avec la signature des Traités de Rome en 1957, la Cour de Justice des Communautés européennes

⁶ Article 220 du Traité CE. Pour le texte de traité, voir Versions consolidées du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne, *Journal officiel* n° C 321E du 29 décembre 2006.

⁷ Décision 88/591/CECA, CEE, Euratom: Décision du Conseil du 24 octobre 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, *JO L 319* du 25 novembre 1988, pages 1 à 8.

⁸ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006, page 382.

⁹ L'article 225 prévoit également la possibilité pour le Tribunal de connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 234, dans des matières spécifiques déterminées par le statut. Le Tribunal, dans ce cas peut renvoyer l'affaire devant la Cour de justice afin qu'elle statue. Ses décisions sont également éventuellement susceptibles de réexamen.

carence introduits par des particuliers¹⁰. Par ailleurs, en matière de droit de la concurrence, le Règlement 1/2003 prévoit que le Tribunal statue avec compétence de pleine juridiction, au sens de l'article 229 CE, sur les recours formés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte ce qui lui permet de supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée¹¹ et non de se limiter à un contrôle de légalité. Les décisions du Tribunal peuvent être frappées d'un pourvoi devant la Cour, limité aux questions de droit¹².

8. Une même logique d'économie judiciaire est à l'origine de la possibilité, ouverte par le Traité de Nice¹³, de créer des chambres juridictionnelles spécialisées¹⁴. En 2005, le Conseil des ministres a décidé d'instaurer, au sein du TPICE, une chambre spécialisée dans le contentieux de la fonction publique européenne. Ses décisions sont susceptibles de pourvoi devant le Tribunal¹⁵.

SECTION I. TYPOLOGIE DES EFFETS IMMEDIATS DES ARRÊTS DE LA COUR ET DU TRIBUNAL

9. **Plan** – Dans les propos qui suivent, nous nous intéressons respectivement au contentieux direct de la légalité (§I) aux contentieux indirects du contrôle et préjudiciels (§II) et à la question transversale de la limitation des effets dans le temps des arrêts de la Cour de Justice (§III). Pour maintenir le propos dans des proportions raisonnables, nous avons choisi de sélectionner les recours les plus fréquents et ceux qui, c'est du moins ce qui ressort de notre expérience, présentent l'intérêt le plus direct pour les praticiens.

¹⁰ Le Tribunal a par ailleurs une compétence en matière du contentieux touchant au droit des marques communautaires. Voir Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire, *JO L* 11 du 14 janvier 1994, pages 1 à 36, article 63.

¹¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L* 1 du 4 janvier 2003, pages 1 à 25, article 31. Une disposition parallèle est prévue à l'article 16 du règlement concentration (Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations")) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), *JO L* 24 du 29 janvier 2004, pages 1 à 22.

¹² Dans les références, les arrêts rendus sur pourvoi sont suivis d'un « P » après le numéro de l'affaire.

¹³ Traité de Nice, *Journal officiel* n° C 80 du 10 mars 2001.

¹⁴ Article 225 A CE.

¹⁵ Et d'un éventuel réexamen devant la Cour de Justice « en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire » (article 225 CE).

10. Observation méthodologique – Le contentieux communautaire partage de nombreux points communs avec les droits administratifs français¹⁶ et belge¹⁷. Il eut donc été héroïque de négliger l'apport de ces disciplines dans une étude sur l'effet des décisions de la Cour de Justice et du Tribunal de Première instance.

11. Nous nous sommes inspirés de ces matières pour séparer les problématiques. Ainsi indiquons-nous d'abord, pour chaque type d'arrêt, si ceux-ci ont, au niveau de leur *opposabilité*, un effet *erga omnes*¹⁸ (autorité absolue de chose jugée) ou *inter partes*¹⁹ (autorité relative de chose jugée). De même, nous distinguons, au niveau de *l'effet dans le temps* des arrêts, ceux des arrêts qui ont un simple effet *ex nunc*²⁰ de ceux qui ont un effet *ex tunc*²¹. Enfin, nous nous interrogeons sur la question de l'*exécution* de l'arrêt²². Comme nous le verrons, « les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice », selon la formule utilisée à l'article 233 CE, peuvent reposer, selon la procédure en cause, aussi bien sur les institutions communautaires (arrêt d'annulation, de carence, l'exception d'illégalité, la question préjudicielle en appréciation de validité...), que sur le juge national (la question préjudicielle) que sur le législateur national (la question préjudicielle en interprétation et le recours en manquement) ou sur plusieurs de ces acteurs à la fois (voyez notamment la question préjudicielle).

¹⁶ Par exemple, la figure de l'Avocat général à la Cour de Justice est directement inspirée du Commissaire du Gouvernement, institution du Conseil d'Etat français. D. SPIELMANN, « L'indépendance de l'avocat général de la Cour de justice des Communautés européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradictoire », *RTDH*, n°43, juillet 2000, page 590.

¹⁷ Le lecteur constatera aisément cette similitude en compulsant les manuels de contentieux administratifs belges tels que, par exemple, P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, Coll. de la Faculté de Droit de l'ULg, 2004, pages 929 et s. et M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2004, pages 699 et s.

¹⁸ D'après CORNU (*Vocabulaire Juridique*, 8^{ème} édition, Paris, puf, 2007, v° *erga omnes*), cette expression signifie « à l'égard de tous » et est donc utilisée pour marquer « l'opposabilité absolue (même à l'égard de tiers) de certains droits ou de certains actes (tels certains jugements) ».

¹⁹ D'après CORNU (*Ibidem*, v° *inter partes*), cette expression indique l'effet relatif des contrats ou des jugements dont le caractère obligatoire ou l'autorité n'existe qu'à l'égard des parties au contrat ou à l'instance.

²⁰ Dont les effets ne sortent qu'à partir du jour du jugement et ne remontent donc pas, rétroactivement, à la naissance de l'acte.

²¹ Avec un effet rétroactif qui remonte à l'origine de l'acte. On parle aussi d'effet *ab initio*.

²² Le Professeur LEWALLE parle, en ce qui concerne le contentieux administratif belge des « répercussions de l'arrêt d'annulation ». P. LEWALLE, *op. cit.*, page 985.

§I. EFFETS DES RECOURS EN LÉGALITÉ

12. Trois voies de recours *directs* sont ouvertes par le Traité CE pour (i) contester la légalité d'un acte communautaire ou (ii) constater l'illégalité de l'inaction d'une institution: le recours en annulation (A) ; le recours en carence (B) ; et l'exception d'inexécution (C). Si elle concerne bien l'appréciation de la validité du droit communautaire, la question préjudicielle est toutefois un mode *indirect* de saisine du juge communautaire. Nous avons dès lors choisi de l'examiner à un stade ultérieur.

A. Effets des arrêts rendus dans le contentieux de l'annulation

13. Prévu à l'article 230 TCE, le recours en annulation est la « voie royale » du contentieux de la légalité²³. En 2007, pas moins de 258 recours en annulation ont été introduits devant la juridiction communautaire (9 devant la Cour de Justice et 249 devant le Tribunal de Première Instance)²⁴. L'analyse par le menu de l'ensemble du recours en annulation sortirait bien évidemment du cadre de la présente étude. C'est pourquoi nous nous contentons d'en rappeler les grands traits (1) avant de nous intéresser, dans le détail, à ses effets (2).

1. Bref rappel sur le recours en annulation

14. **Objet du recours** – Tout type d'acte communautaire peut être frappé d'un recours en annulation, sous réserve de remplir trois conditions. Premièrement, l'acte doit émaner d'une institution communautaire²⁵. Sont ainsi exclus les actes adoptés par les comités établis au sein des institutions ou, plus simplement, les actes pris par leurs fonctionnaires.

²³ J.P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006, page 652. La procédure de recours en annulation est prévue à l'article 230 du Traité CE : « [la Cour] contrôle la légalité des actes adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil, des actes du Conseil, de la Commission et de la BCE, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers. À cet effet, la Cour est compétente pour se prononcer sur les recours pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement de pouvoir, formés par un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission ».

²⁴ Rapport d'activité de la Cour 2007, pages 85 et 179.

²⁵ Voir SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3 ed., PUF, à §407.

15. Deuxièmement, seuls les actes « faisant grief » peuvent être attaqués sur la base de l'article 230 TCE. Cette condition trouve son origine dans la jurisprudence *AETR* qui prévoit que le recours en annulation est ouvert à l'encontre de « toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit »²⁶. Aussi peuvent être déférés à la censure du juge communautaire des actes autres que ceux formellement prescrits à l'article 249 TCE, dès lors qu'en substance, ils produisent des effets juridiques contraignants. Le Tribunal a ainsi reconnu dans l'affaire *Air France contre Commission* qu'une déclaration du porte-parole du commissaire en charge des questions de concurrence, selon laquelle une opération de concentration échappait à l'application du Règlement communautaire, pouvait faire l'objet d'un recours en annulation²⁷.

16. Enfin, l'acte en cause doit avoir un caractère définitif. En d'autres termes, un acte de nature préparatoire, qui ne constitue que l'une des étapes devant mener à l'adoption ultérieure d'une décision finale, n'est pas un acte attaquant²⁸. Ainsi, par exemple, dans le domaine du droit de la concurrence, une simple lettre de la Commission exprimant une prise de position provisoire, constitue un simple acte préparatoire à une décision finale, non-contestable²⁹.

17. **Délai d'introduction du recours** – Le recours en annulation doit être introduit dans un délai de deux mois à partir, suivant le cas, de la publication de l'acte contesté ou de sa notification au requérant (ou, à défaut de notification, à partir de sa prise de connaissance)³⁰.

²⁶ Voir CJCE, 31 mars 1971, *Commission contre Conseil*, 22/70, *Rec.* 263 au §42. Voir aussi CJCE, 23 avril 1986, *"Les Verts" contre Parlement Européen*, 294/83, *Rec.* 1339, au §24 qui dispose que les actes "destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers" peuvent être attaqués sur la base de l'article 230 TCE.

²⁷ TPICE, 24 mars 1994, *Air France contre Commission*, T-3/93, *Rec.* 1994, p.II-121.

²⁸ Voir CJCE, 5 décembre 1963, *Société anonyme Usines Emile Henricot et autres contre Haute Autorité*, Aff. jointes 23, 24 et 52-63, *Rec.* 441, à p.455: "Attendu qu'il résulte du sens grammatical du mot que la décision marque le terme ultime de la procédure interne à la Haute Autorité, constituant ainsi la manifestation définitive de sa volonté [...] que la décision doit apparaître comme un acte du collège de la Haute Autorité, destiné à produire des effets juridiques, constituant le terme ultime de la procédure interne à la Haute Autorité et par lequel elle statue définitivement [...]".

²⁹ TPICE, Arrêt du 7 mars 2002, *Satellimages TV 5/Commission*, Aff. T-95/99, *Rec.*, II, page 1425. De manière générale, la Cour considère que « lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment au terme d'une procédure interne, ne constituent un acte attaquant que les mesures qui fixent définitivement la position de l'institution au terme de cette procédure, à l'exclusion des mesures intermédiaires dont l'objectif est de préparer la décision finale. Il n'en serait autrement que si des actes ou décisions pris au cours de la procédure préparatoire non seulement réunissaient les caractéristiques juridiques propres aux actes susceptibles de recours, mais constituaient eux-mêmes le terme ultime d'une procédure spéciale distincte de celle qui doit permettre à l'institution de statuer sur le fond » TPICE, Ordonnance du 2 juin 2004, *Pfizer/Commission*, Aff. T-123/03, *Rec.*, II, page 1631.

³⁰ Ce délai de deux mois est un délai de forclusion qu'il appartient à la juridiction communautaire saisie (Cour ou Tribunal selon le cas) de faire observer d'office le respect.

18. Qualité pour agir – Les Etats membres et les institutions communautaires – que l'on qualifie usuellement de « requérants privilégiés » – peuvent ester en annulation contre tout acte des institutions européennes. Il n'en va pas de même pour les autres requérants, personnes physiques et morales³¹. Aux termes de l'article 230 TCE, une personne physique ou morale peut « former (...) un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement ». La contestation par les particuliers d'un règlement ou d'une décision adressée à autrui est donc uniquement possible si le requérant est concerné « directement et individuellement » par l'acte en cause. Cette solution, qui prive – à de rares exceptions près³² – les personnes physiques et morales de tout recours contre les actes à portée générale, constitue l'une des questions les plus controversées du droit communautaire³³. Le Traité de Lisbonne vient partiellement élargir l'accès au prétoire des personnes physiques et morales en supprimant la condition d'individualisation pour certains types d'acte de portée générale³⁴.

³¹ Il serait impossible de faire un relevé exhaustif de la doctrine sur la question. Citons R. MEDHI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu... », *RTDE*, 2003, page 23 ; P. NIHOUL, « La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte de portée générale », *RTDE*, 1994, page 171. Par ailleurs, tous ouvrages généraux cités dans cet article consacrent généralement de nombreuses pages à cette question.

³² Dès lors, la seule solution pour contester un acte de portée générale sera pour le particulier de contester celui-ci lors d'un contentieux portant sur ses mesures d'exécution de cet acte par le biais de la question préjudicielle en appréciation de validité ou de l'exception d'illégalité suivant le cas, recours qui n'ont toutefois pas les mêmes effets vis-à-vis de l'acte de base que le recours en annulation. Toutefois, si aucune mesure d'exécution de l'acte n'est adoptée, aucun recours direct ne lui sera ouvert. La seule solution pour le particulier sera d'enfreindre volontairement le règlement pour contester la sanction qui lui sera imposée. Il s'agira donc « d'enfreindre la loi afin d'accéder à la justice » (TPICE, Arrêt du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré/Commission*, Aff. T-177/01, *Rec.*, II, page 2365).

³³ L'impossibilité de contester de tels actes de portée générale par les particuliers a été contestée par le Tribunal de Première instance, en tant que juridiction de premier ressort, dans son arrêt *Jégo Quere*. TPICE, Arrêt du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré/Commission*, Aff. T-177/01, *Rec.*, II, page 2365. Mais sans succès, la Cour maintenant sa jurisprudence traditionnelle dans le pourvoi qui a suivi cet arrêt. Voir CJCE, Arrêt du 1er avril 2004, *Commission/Jégo-Quéré*, Aff. C-263/02 P, *Rec.*, I, page 3425. De manière paradoxale, la Cour a toutefois par la suite admis un raisonnement sensiblement analogue à celui tenu par le Tribunal de Première instance mais dans le cadre des recours prévus par le droit national (CJCE, Arrêt du 13 mars 2007, *Unibet*, Aff. C-432/05, *Rec.*, I, page 2271). Selon la doctrine, la Cour ne pourrait plus, après avoir tenu un pareil raisonnement, reproduire sa jurisprudence *Jégo Quere*. F. SCHMIED, « L'accès des particuliers au juge de la légalité – L'apport de l'arrêt *Unibet* », *JTDE*, 2007, p. 166 et A. ARNULL, « Case C-432/05, *Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd v. Justitiekanslern*, judgment of the Grand Chamber of 13 March 2007 », *CMLR*, 2007, vol.44., page 1763.

³⁴ Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007, *Journal officiel* n° C 306 du 17 décembre 2007. Le futur article 263 prévoit que « toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». Le recours pour les particuliers est donc facilité dans le cas des actes réglementaires ne prévoyant pas de mesures d'exécution en supprimant la condition d'individualisation.

2. Effets de l'arrêt d'annulation

19. Source textuelle – Une fois n'est pas coutume, comme nous allons le voir, le Traité définit lui-même, à l'article 231, les effets des recours en annulation : « si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenue l'acte contesté »³⁵. La jurisprudence a précisé le régime de cette nullité: l'arrêt d'annulation exerce en principe un effet *erga omnes* (a)³⁶. Il exerce ensuite un effet rétroactif, mais la rigueur du principe est immédiatement tempérée par l'article 231(2) TCE, qui permet au juge de l'annulation de moduler les effets de ses arrêts (b). L'arrêt fait encore peser des obligations d'exécution sur les institutions dont l'acte a été annulé (c). Enfin, l'arrêt impose des obligations en matière de compensation, à charge de la Communauté (d).

a. Effet *erga omnes* de l'arrêt d'annulation

20. Autorité absolue de la chose jugée – L'arrêt d'annulation exerce de puissants effets. Comme nous venons de l'indiquer, l'article 231 TCE prévoit que l'arrêt a un effet *erga omnes*, et joue donc à l'égard de tous les justiciables. A ce titre, il jouit de l'*autorité absolue de la chose jugée*, faisant ainsi obstacle à ce que les questions de droit qu'il a réglées soient de nouveau soumises au même juge. La Cour a également indiqué que cette autorité absolue de chose jugée doit être soulevée d'office par le juge. Ainsi, par exemple, lorsque le TPICE annule une décision de la Commission et considère, contrairement à cette dernière, que l'aide versée par un Etat membre constitue bien une aide d'Etat ; le Tribunal ne peut plus, lors de la contestation de la nouvelle décision adoptée par la Commission en application du premier arrêt dudit Tribunal, réexaminer les questions touchant à la qualification d'aide d'Etat de la dite mesure. Le Tribunal méconnaîtrait alors l'autorité absolue de chose jugée attachée à son précédent arrêt³⁷.

³⁵ L'annulation peut concerner tout ou partie de l'acte contesté. Nous prenons ici l'annulation totale pour hypothèse de travail. Toutefois une annulation partielle ne pourra avoir lieu que pour autant que ces parties soient détachables de l'acte contesté CJCE, Arrêt du 31 mars 1998, *République française, SCPA et EMC*, Aff. jointes C-68/94 et C-30/95, *Rec.*, I, page 1375.

³⁶ Comme le note justement F. BERROD, l'arrêt de rejet du recours en annulation n'a par contre qu'une autorité relative de chose jugée. En effet, si la Cour ne conclut pas à la nullité de l'acte, cela ne signifie bien entendu pas que celui-ci ne puisse plus faire l'objet, dans le délai de deux mois prévu par l'article 230 CE, d'un nouveau recours en annulation mais uniquement s'il est fondé sur de nouveaux moyens. Il pourra également faire l'objet d'une question préjudicielle en validité ou d'une exception d'illégalité. F. BERROD, « La systématique des voies de droit communautaire », Paris, Dalloz, 2003, page 240 et s.

³⁷ CJCE, Arrêt du 1er juin 2006, *P & O European Ferries (Vizcaya) SA et Diputación Foral de Vizcaya*, Aff. jointes C-442/03 P et C-471/03 P, *Rec.*, I, page 4845, points 38 et s.

21. Limite – De toute évidence, l'autorité absolue de chose jugée ne s'attache qu'aux seuls actes déférés à la censure de la Cour. Cette précision, revêt une grande importance dans le domaine du contentieux de l'annulation de décisions. Il n'est pas rare que la Commission prenne, dans le domaine du droit de la concurrence par exemple, une série de décisions identiques ou similaires. En pareille hypothèse, le prononcé de l'arrêt n'entraîne pas, par contagion, la nullité des actes identiques non déférés au juge communautaire³⁸. Au contraire, prévaut une forme de capillarité juridique entre ces décisions. La Commission n'est dès lors pas tenue de réexaminer, « à la demande de destinataires de décisions identiques ou similaires n'ayant pas eux-mêmes introduit un recours, lesdites décisions prétendument affectées de la même irrégularité »³⁹.

b. Effet rétroactif de l'arrêt d'annulation

22. Le principe et son tempérament textuel – La nullité des actes censurés par le juge est rétroactive. L'acte nul disparaît de l'ordre juridique communautaire, à compter de sa date d'adoption. Conscient, toutefois, des conséquences extrêmes auxquelles pourrait mener l'application systématique d'un tel principe, le second paragraphe de l'article 231 vient tempérer la rigueur du principe de l'effet rétroactif de l'arrêt d'annulation : « en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». Plus prosaïquement, la Cour jouit donc de la faculté de décider que certains des effets de droit déjà engendrés par le Règlement ne doivent pas être corrigés, à l'issue de son annulation.

23. Portée du tempérament – Si le texte limite la possibilité pour la Cour de moduler les effets de ses arrêts aux seuls recours visant les « règlements », la jurisprudence a adopté une interprétation extensive de cette notion. L'article 231(2) ne s'applique pas uniquement aux règlements mais aussi à « tous les actes de portée générale », comme par exemple les

³⁸ En effet, la portée d'un arrêt d'annulation est limité à un double titre: d'une part, le juge communautaire de l'excès de pouvoir ne pouvant statuer *ultra petita*, l'annulation qu'il prononce ne saurait excéder celle sollicitée par le requérant; d'autre part, si l'autorité absolue dont jouit un arrêt d'annulation d'une juridiction communautaire s'attache tant au dispositif de l'arrêt qu'aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire, elle ne peut entraîner l'annulation d'un acte non déféré à la censure du juge communautaire qui serait entaché de la même illégalité »

³⁹ CJCE, Arrêt du 14 septembre 1999, *Commission/AssiDomän Kraft Products AB et al.*, Aff. C-310/97 P, *Rec.*, I, page 5363 ; CJCE, Arrêt du 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV et al.*, Aff. jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, *Rec.*, I, page 8375.

directives, les décisions cadres, recommandations, etc. De plus, la faculté ouverte par le second paragraphe de l'article 231 TCE permet à la Cour de limiter les effets de son arrêt tant dans leur dimension *rationae materiae*, *rationae personae* que dans leur dimension *rationae temporis*⁴⁰. Nous reviendrons toutefois plus longuement sur ce point *infra* lorsque nous traiterons de la question de la modulation de l'effet dans le temps des arrêts de la Cour.

24. Notons que le Traité de Lisbonne modifie cet article. Il prévoit que la Cour pourra indiquer, si elle l'estime nécessaire, « ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs »⁴¹.

c. L'exécution de l'arrêt d'annulation

25. Principe textuel – Un arrêt d'annulation impose logiquement certaines obligations aux institutions dont l'acte émanait. L'article 233 CE prévoit ainsi que « l'institution ou les institutions dont émane l'acte annulé (...) sont tenues de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice. Cette obligation ne préjuge pas celle qui peut résulter de l'application de l'article 288, deuxième alinéa ».

26. Refus du juge de connaître de l'exécution – En la matière, le juge communautaire a observé la plus grande modération. Séparation des pouvoirs oblige, la Cour estime ne pas avoir à adresser des injonctions aux institutions sur les modalités d'exécutions de ses arrêts⁴². La Cour juge ainsi que

« une fonction de surveillance de l'exécution de son arrêt, qui impliquerait, pour être efficace, [que le juge] ait le pouvoir d'indiquer à l'institution défenderesse les mesures à adopter, n'entre pas dans les compétences attribuées au juge communautaire par le traité »⁴³.

⁴⁰ G. ISAAC, « La modulation par la Cour de Justice des Communautés européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité », *CDE*, 1987, page 450.

⁴¹ Futur article 264 CE.

⁴² Pas compétentes pour imposer, par exemple, à une institution de « rembourser des amendes perçues en vertu d'une décision annulée » ou imposer un délai dans lequel l'institution devrait adopter une nouvelle réglementation. TPICE, Arrêt du 10 juillet 1997, *AssiDomän Kraft Products et al.*, Aff. T-227/95, *Rec.*, II, page 1185 et TPICE, Ordonnance du 4 mai 2005, *Holcim (France) SA/Commission*, Affaire T-86/03, *Rec.*, II, page 1539.

⁴³ TPICE, Arrêt du 14 décembre 1995, *Fred Pfloeschner*, Aff. T-285/94, *Rec.*, II, page 3029.

27. A fortiori, lorsque des actes de droit national ont été adoptés sur la base de l'acte communautaire déclaré nul, la Cour s'estime incompétente pour se prononcer sur les obligations des autorités nationales.⁴⁴

28. **Problème** – On comprend bien, à ce stade, que faire reposer la mise à exécution des arrêts sur les institutions compétentes, revient à faire un pari incertain sur la diligence de ces dernières. Certes, en cas d'inaction, le justiciable peut toujours introduire un recours en carence contre l'institution en cause, voire un recours en indemnité (responsabilité extracontractuelle des institutions).⁴⁵ Mais c'est alors faire basculer, indirectement, le fardeau l'exécution sur les parties. Pareille solution, qui ferait dépendre l'effet utile des arrêts de la Cour des velléités contentieuses des personnes privées ne serait, de toute évidence, pas satisfaisante. C'est pourquoi le juge est ponctuellement sorti de sa réserve, afin d'esquisser des principes généraux d'exécution de ses arrêts.

29. **Institution chargée de l'exécution de l'arrêt** – L'institution compétente pour adopter l'acte annulé est tenue de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt. Il peut s'agir de l'adoption d'un nouvel acte, exempt du vice ayant motivé l'annulation. Un exemple particulièrement frappant résulte de l'affaire ayant opposé le Royaume-Uni au Conseil⁴⁶ sur la directive établissant les normes minimales relatives à la protection des poules pondeuses en batterie⁴⁷. L'acte en question avait été annulé par la Cour parce que les institutions communautaires compétentes avaient modifié la motivation de la directive après son adoption. A peine deux semaines après le prononcé de l'arrêt, les institutions en cause réadoptèrent la directive, avec sa motivation originelle⁴⁸. Mais il peut plus simplement s'agir de notifier aux parties la nouvelle situation juridique, et de réparer les conséquences passées de l'acte illégal.

⁴⁴ TPICE, Ordonnance du 18 septembre 1996, *J. Langdon*, Aff. T-22/96, *Rec.*, II, page 1009. Ces conséquences ressortent du droit national. La Cour ne peut donc par exemple imposer aux autorités nationales de faire droit aux éventuelles demande future de remises de droit à l'importation que la Commission avait interdite par une décision adressée aux Pays-Bas, décision annulée en l'espèce. CJCE, Arrêt du 6 juillet 1993, *CT Control et JCT Benelux*, Aff. jointes C-121/91 et C-122/91, *Rec.*, I, page 3873.

⁴⁵ TPICE, Arrêt du 21 avril 2005, *Holcim (Deutschland) AG/Commission*, Aff. T-28/03, *Rec.*, II, page 1357. L'ancien article 34 du Traité CECA prévoyait une procédure de responsabilité particulière dans ce cas. La Cour quant à elle pourra tout au plus contrôler les éventuels actes adoptés par l'institution pour se conformer à son arrêt dans le cadre d'un hypothétique recours portant sur la légalité des actes en question. F. BERROD, *op. cit.*, page 242.

⁴⁶ CJCE, Arrêt du 23 février 1988, *Royaume-Uni/Conseil*, Aff. 131/86, *Rec.*, page 905.

⁴⁷ Directive 86/113/CEE du Conseil du 25 mars 1986 établissant les normes minimales relatives à la protection des poules pondeuses en batterie, *JO L 95* du 10.4.1986, page 45 à 48.

⁴⁸ Directive 88/166/CEE du Conseil du 7 mars 1988 relative à l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 131-86 (annulation de la directive 86/113/CEE du Conseil, du 25 mars 1986, établissant les normes minimales relatives à la protection des poules pondeuses en batterie), *JO n° L 074* du 19 mars 1988 page 83 à 87.

30. Il est également possible qu'une autre institution que celle dont l'acte a été annulé soit tenue d'intervenir pour exécuter l'arrêt. C'est ce qui s'était produit dans l'affaire *République française/Commission* où la Cour avait considéré que la Commission était incompétente à conclure seule un accord de coopération en matière de droit de la concurrence entre l'Europe et les USA⁴⁹. Cette illégalité avait été réparée lorsque le Conseil de l'Union européenne et la Commission adoptèrent une décision conjointe approuvant l'accord, en 1995⁵⁰.

31. Il se peut finalement que la Communauté ne soit pas compétente afin d'adopter certains actes⁵¹. En effet, la Communauté n'a de compétence que d'attribution, ce qui signifie qu'elle n'agit que dans les limites des compétences qui lui sont attribuées par les Traités. Dans un tel cas, exécuter l'arrêt constatant l'absence de compétence de la Communauté signifiera pour les institutions de s'abstenir d'adopter à nouveau un acte dans ce domaine⁵². Les exemples concrets sont rares. On peut citer l'exemple de l'arrêt relatif à la directive relative à la publicité et parrainage en faveur des produits du tabac, annulée parce qu'adoptée sur la base de l'article 95CE, qui ne pouvait en l'occurrence constituer une base juridique adéquate⁵³. Or il est apparu à terme qu'aucune base juridique du Traité ne permettait d'adopter cette directive⁵⁴.

⁴⁹ CJCE, Arrêt du 9 août 1994, *République française/Commission*, Aff. C-327/9, *Rec.*, I, page 3641. Sur cet arrêt voir C. KADDOUS, « L'arrêt France c. Commission de 1994 (Accord concurrence) et le contrôle de la légalité des accords externes en vertu de l'art. 173 CE : la difficile réconciliation de l'orthodoxie communautaire avec l'orthodoxie internationale », *C.D.E.*, 1996, page 613.

⁵⁰ Decision of the Council and the Commission of 10 April 1995 concerning the conclusion of the Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America regarding the application of their competition laws, *JO*, L 095, 27 avril 1995, page 45.

⁵¹ Cette possibilité est évoquée dans l'arrêt *Les Verts*, préc., points 51 et s.

⁵² Selon certains commentateurs, dans un tel cas d'incompétence, l'acte ne serait pas nul mais inexistant c'est-à-dire affecté de vices particulièrement graves et évidents qui remettent en cause son existence même. K. LENAERTS, D. ARTS et I. MASELIS, *Procedural Law of the EU*, 2^{ème} édition, Londres, Thomson, 2006, page 291. De tels actes perdent la présomption de validité dont jouit tout acte administratif en droit communautaire, ne produisent aucun effet juridique et ne sont pas soumis au délai prévu par le contentieux de l'annulation. Ils peuvent donc être contestés à tout moment. Ces cas de figure sont très rares. Le Tribunal avait qualifié une décision de la Commission d'inexistante mais la Cour l'avait annulé sur pourvoi. Voir TPICE, Arrêt du 27 février 1992, *BASF AG et al./Commission*, Aff. jointes T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 et T-104/89, *Rec.*, II, page 315. CJCE, Arrêt du 15 juin 1994, *Commission/BASF AG et al.*, Aff. C-137/92 P, *Rec.*, I, page 2555.

⁵³ CJCE, Arrêt du 5 octobre 2000, *Allemagne/Parlement et Conseil*, Aff. C-376/98, *Rec.*, I, page 8419.

⁵⁴ J.P. JACQUÉ, *op. cit.*, page 677.

32. Délai raisonnable – Les mesures d'exécution doivent intervenir « dans un délai raisonnable »⁵⁵. La juridiction communautaire s'est pourtant bien gardée de définir le délai raisonnable de mise à exécution de son arrêt. Selon le Tribunal, cette durée :

« dépend de la nature des mesures à prendre ainsi que des circonstances contingentes de l'espèce, et notamment des différentes étapes que la procédure de décision a comportées. Le délai pertinent à prendre en considération pour apprécier la régularité d'une décision remplaçant une décision annulée est non pas, comme dans le cas d'un retrait opéré à l'initiative de l'institution, celui qui s'est écoulé entre l'adoption de la première décision et celle de la seconde, mais celui séparant le prononcé de l'arrêt d'annulation de la date d'adoption de la nouvelle décision »⁵⁶.

33. Dispositif et motifs – En apparence simple, la mise à exécution d'un arrêt d'annulation s'avère souvent délicate dans la pratique. La simple lecture du dispositif ne permet souvent pas aux institutions de connaître l'étendue de leur(s) obligation(s). Dans le contentieux de la concurrence, par exemple, se limiter à constater l'annulation d'une décision interdisant une concentration pour insuffisance de preuve ne donne guère d'indication sur les voies à suivre par la Commission lors de la renotification de l'opération. La Cour indique donc que les institutions doivent prendre en compte

« non seulement le dispositif, mais également les motifs qui ont amené à celui-ci et qui en constituent le soutien nécessaire en ce sens qu'ils sont indispensables pour déterminer le sens exact de ce qui a été jugé dans le dispositif. Ce sont, en effet, ces motifs qui, d'une part, identifient la disposition exacte considérée comme illégale et, d'autre part, font apparaître les raisons exactes de l'illégalité constatée dans le dispositif et que l'institution concernée doit prendre en considération en remplaçant l'acte annulé »⁵⁷.

⁵⁵ CJCE, Arrêt du 5 juillet 1995, *Parlement/Conseil*, Aff. C-21/94, *Rec.*, I, page 1827.

⁵⁶ TPICE, Arrêt du 19 mars 1997, *Estabelecimentos Isidoro M. Oliveira SA*, Aff. T-73/95, *Rec.*, II, page 381 où le Tribunal a jugé qu'« un délai de 38 mois (...) bien que long, ne saurait, à cet égard, être considéré comme déraisonnable, dès lors que (...) il fallait reconstituer le dossier, ce travail comprenant, en l'occurrence, l'organisation d'une mission de contrôle dans l'État membre, l'analyse des données recueillies et plusieurs consultations des autorités nationales ».

⁵⁷ CJCE, Arrêt du 26 avril 1988, *Asteris*, Aff. jointes 97, 193, 99 et 215/86, *Rec.*, page 2181. Par contre, l'institution n'a pas à se prononcer à nouveau sur des aspects de son acte « qui n'ont pas été mis en cause par l'arrêt d'annulation ». TPICE, Arrêt du 27 novembre 1997, *Roger Tremblay et al.*, Aff. T-224/95, *Rec.*, II, page 2215. Ainsi, dans l'affaire en cause, le Tribunal avait annulé une décision de la Commission, pour défaut de motivation, « que pour autant seulement que le grief pris d'un cloisonnement du marché résultant des contrats de représentation réciproque avait été rejeté, et avait été considéré, en revanche, que la décision contenait les motifs du rejet du grief tiré de l'existence d'une entente sur les taux des redevances ». *Ibidem*, point 53. Dès lors, la Commission n'est pas tenue de réexaminer, dans sa nouvelle décision, les motifs pour lesquels elle avait estimé que ce dernier grief ne pouvait être retenu mais uniquement de corriger les irrégularités constatées dans l'arrêt d'annulation.

34. Pour reprendre notre exemple, la Commission trouvera dans les motifs des indications sur les théories d'atteinte à la concurrence jugées insuffisamment étayées par le juge pour déclarer une opération incompatible.

35. Annulation pour vice de procédure – Pragmatique, la Cour juge que si l'annulation a été prononcée pour un vice de procédure, l'institution chargée d'exécuter l'arrêt – dans l'hypothèse où elle est tenue d'adopter une nouvelle décision – n'a pas pour obligation de reprendre la procédure d'adoption à zéro. La procédure doit simplement être reprise à partir de l'étape législative où l'illégalité a été constatée⁵⁸. Le référent contextuel applicable est alors l'époque où la décision annulée a été adoptée, c'est-à-dire les circonstances de fait et de droit en vigueur à l'époque⁵⁹.

d. Effets de compensation/réparation des arrêts d'annulation

36. Principe – Comme nous l'avons vu, l'article 233 « ne préjuge pas » de l'application de l'article 288 CE, relatif à la mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle des institutions communautaires⁶⁰. Ce qu'il faut donc comprendre, c'est que l'article 233 du traité CE impose donc, « outre l'obligation pour l'administration de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt du juge communautaire, celle de réparer le préjudice additionnel qui résulte éventuellement de l'acte illégal annulé », sous réserve que les conditions de l'article 288, deuxième alinéa, du Traité soient remplies. A cet égard, « l'article 233 du Traité ne subordonne pas la réparation du préjudice à l'existence d'une faute nouvelle distincte de l'acte illégal d'origine annulé, mais prévoit la réparation du préjudice qui résulte de cet acte et qui persiste après son annulation et l'exécution par l'administration de l'arrêt d'annulation »⁶¹.

⁵⁸ CJCE, Arrêt du 3 juillet 1986, *Conseil/Parlement*, Aff. 34/86, *Rec.*, page 2155, point 47.

⁵⁹ « La Commission est obligée, lorsqu'une décision relative à une demande d'attestation négative ou d'exemption qu'elle a adoptée en application du règlement n° 17/62 est annulée, de reprendre une décision sur les stipulations de l'accord notifié concernées par cette annulation et de se prononcer sur la demande d'attestation négative, en se plaçant à la date de la notification et en conduisant son examen dans le cadre du règlement n° 17/62. La circonstance que le règlement n° 1/2003 a entre-temps supprimé la procédure de notification est ainsi sans conséquence sur l'exécution d'un arrêt faisant droit à la demande d'annulation d'une telle décision de la Commission » TPICE, Arrêt du 2 mai 2006, *O2/Commission*, Aff. T-328/03, *Rec.* II, page 1231.

⁶⁰ Voir par exemple CJCE, Arrêt du 14 mai 1998, *Conseil/Lieve de Nil et Christiane Impens*, Aff. C-259/96 P, *Rec.*, I, page 2915 et *infra*.

⁶¹ CJCE, Arrêt du 9 août 1994, *Mireille Meskens*, Affaire C-412/92 P, *Rec.*, I, page 3757.

B. Effets des arrêts rendus dans le contentieux de la carence

1. Bref rappel sur le recours en carence

37. Objet du recours – A la différence du recours en annulation, qui sanctionne l'action illégale des institutions, le recours en carence, prévu à l'article 232 CE⁶², sanctionne l'inaction illégale des institutions. L'article 232 énonce ainsi que dans « le cas où, en violation du présent traité, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission s'abstiennent de statuer, les États membres et les autres institutions de la Communauté peuvent saisir la Cour de justice en vue de faire constater cette violation (...). Toute personne physique ou morale peut saisir la Cour de justice (...) pour faire grief à l'une des institutions de la Communauté d'avoir manqué de lui adresser un acte autre qu'une recommandation ou un avis ». Par exemple, une carence peut être constatée si la Commission, qui a une compétence exclusive pour examiner la compatibilité d'une aide d'Etat avec le marché commun, venait à dépasser un « délai raisonnable » dans le cadre de l'examen de mesures étatiques, après avoir accepté d'entamer celui-ci en demandant des renseignements à l'État membre concerné⁶³. Un autre exemple de carence est celui du Conseil qui ne présente pas dans les délais un projet de budget⁶⁴.

38. Modalités du recours – Un recours en carence est uniquement recevable si l'institution en cause a été préalablement invitée à agir. Si, à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de cette invitation, l'institution n'a toujours pas pris position, un recours peut être formé devant le juge communautaire dans un nouveau délai de deux mois.

39. Qualité pour agir – En ce qui concerne les recours en carence déposés par les États membres et les institutions, il n'est pas nécessaire que l'acte visé par le recours en carence soit un acte à caractère obligatoire. Nous avons vu l'exemple ci-dessus du projet de budget du Conseil dans le cadre de la procédure budgétaire, acte non obligatoire⁶⁵. La situation est

⁶² Sur ce recours, voir E. REUTER, « Le recours en carence de l'article 175 du Traité de la CEE dans la jurisprudence de la CJCE », *CDE*, 1972, page 159 ; M. DONY et T. RONSE, « Réflexions sur la spécificité du recours en carence », *CDE*, 2000, page 595 et les ouvrages généraux cités dans cet article.

⁶³ TPICE, Arrêt du 10 mai 2006, *Air One SpA/Commission*, Aff. T-395/04, *Rec.*, II, page 1343. Sur l'appréciation de ce délai raisonnable, celle-ci se fait « en fonction des circonstances propres de chaque affaire et, notamment, du contexte de celle-ci, des différentes étapes procédurales que la Commission doit suivre et de la complexité de l'affaire » (point 61). En l'occurrence, un délai de six mois n'a pas été jugé déraisonnable.

⁶⁴ CJCE, Arrêt du 27 septembre 1988, *Parlement/Conseil*, Aff. 302/87, *Rec.*, page 5615.

⁶⁵ Au sens de l'article 249 CE qui distingue d'un côté les règlements, directives et décisions, qui ont un effet obligatoire, des avis et recommandations, qui ne lient pas.

différente pour les particuliers puisque l'article 232 CE écarte les recours concernant les avis et recommandations. Qui plus est, par parallélisme avec le recours en annulation, les particuliers peuvent faire constater la carence des institutions d'adopter un acte de portée générale ou une décision adressée à un tiers, pour autant que ces actes les concernent directement et individuellement⁶⁶.

2. Effets de l'arrêt de carence

40. L'exécution de l'arrêt – Visant, sinon exclusivement, du moins principalement, à inciter une institution à agir lorsque le droit communautaire le lui impose, le recours en carence est un recours en exécution⁶⁷. Comme dans le cadre du recours en annulation, l'article 233 CE s'applique à la constatation de carence : « l'institution ou les institutions (...) dont l'abstention a été déclarée contraire au présent traité, sont tenues de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice. Cette obligation ne préjuge pas celle qui peut résulter de l'application de l'article 288, deuxième alinéa »⁶⁸.

41. Refus du juge de connaître de l'exécution – En la matière, la Cour observe la même modération que celle dont elle fait preuve lorsqu'elle refuse d'adresser des injonctions aux institutions. De toute évidence, elle ne peut se substituer à l'institution défaillante et adopter à sa place les actes qui n'ont pas été adoptés. En conséquence, l'arrêt constatant la carence n'a qu'un effet déclaratoire: c'est aux institutions qu'il appartient d'intervenir pour mettre un terme à la carence constatée⁶⁹.

42. De surcroît, les limitations à l'exécution de l'arrêt de carence sont encore plus sévères que dans d'autres recours. Ainsi, il n'existe pas d'équivalent à l'article 228, alinéa 2, dans le cadre du recours en carence. Impossible, dès lors, de faire cesser la carence d'une institution récalcitrante, au moyen de sanctions/astreintes pécuniaire, comme cela est possible dans le cadre du recours en manquement « sur manquement », que nous examinons à un stade ultérieur.

⁶⁶ TPICE, Arrêt du 10 mai 2006, *Air One SpA/Commission*, Aff. T-395/04, *Rec.*, II, page 1343.

⁶⁷ L'article 231, alinéa 2 ne s'applique pas concernant le recours en carence, la Cour n'a donc pas dans ce domaine la même latitude en ce qui concerne la modulation des effets de ses arrêts en carence.

⁶⁸ Sur l'article 288, voir infra, nos considérations sur la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté.

⁶⁹ TPICE, Arrêt du 10 mai 2006, *Air One SpA/Commission*, Aff. T-395/04, *Rec.*, II, page 1343.

43. Effets de compensation/réparation des arrêts de carence – Comme pour l’arrêt d’annulation, le jugement constatant la carence des institutions peut donner lieu à l’engagement de la responsabilité extracontractuelle des institutions.

C. Effet des arrêts rendus en matière d’exception d’illégalité

1. Bref rappel sur l’exception d’illégalité

44. Objet du recours – Peu utilisée, sans doute à tort⁷⁰, l’exception d’illégalité prévue à l’article 241 TCE vient tempérer la rigueur de l’article 230 CE qui rend complexe le recours des particuliers contre les actes de portée générale⁷¹. La Cour a bien capté l’essence de l’article 241 TCE. Il s’agit de permettre à toute partie de

« contester, en vue d’obtenir l’annulation d’une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs, constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d’introduire, en vertu de l’article [230] du traité, un recours direct contre ces actes, dont elle subit ainsi les conséquences sans avoir été en mesure d’en demander l’annulation »⁷².

45. Par exemple, un particulier agissant en annulation contre une décision qui lui est adressée, soulèvera de manière incidente l’illégalité de l’acte de portée générale qui en constitue le fondement⁷³.

46. Problèmes – De toute évidence, l’exception d’illégalité est un palliatif discutable à l’impossibilité pour les particuliers de contester les actes de portée générale : elle impose à

⁷⁰ F. BERROD, *op. cit.*, page 689.

⁷¹ L’article 241 CE prévoit que « nonobstant l’expiration du délai prévu à l’article 230, cinquième alinéa, toute partie peut, à l’occasion d’un litige mettant en cause un règlement arrêté conjointement par le Parlement européen et le Conseil ou un règlement du Conseil, de la Commission ou de la BCE, se prévaloir des moyens prévus à l’article 230, deuxième alinéa, pour invoquer devant la Cour de justice l’inapplicabilité de ce règlement ». Sur cette procédure, voyez P. DUBOIS, « L’exception d’illégalité devant la CJCE », CDE, 1978, page 407 ; T. VAN RIJN, « L’exception d’illégalité », CDE, 1980, page 190 ; M. VOGT, « Indirect judicial protection in EC Law : the case of the plea of illegality », ELR, 2006, page 364. La Cour a interprété la notion de règlement contenue dans cet article comme devant « s’étendre aux actes des institutions qui, s’ils n’ont pas la forme d’un règlement, produisent cependant des effets analogues et qui, pour ces motifs, ne pouvaient être attaqués par des sujets de droit autres que les institutions et les Etats membres dans le cadre de l’article [230] » CJCE, Arrêt du 6 mars 1979, *SpA Simmenthal*, Aff. 92/78, *Rec.*, page 777, point 40. Notons enfin que l’article 241 est repris par le Traité de Lisbonne. Dans le futur Article 277 TFUE qui abandonne la notion de « règlement » pour celle « d’acte de portée générale ».

⁷² *Ibidem*, point 39.

⁷³ Par exemple, TPICE, Arrêt du 25 octobre 2006, *Jürgen Carius*, Aff. T-173/04, non encore publié au Recueil.

ceux-ci d’agir sciemment dans l’illégalité pour espérer se voir adresser une décision individuelle, préalable à la critique de l’acte général sur lequel elle est adoptée⁷⁴.

47. Qui plus est – et en toute logique – l’exception d’illégalité ne peut être invoquée lorsque l’acte de base dont l’illégalité est critiquée aurait pu faire l’objet d’un recours en annulation de la part du requérant⁷⁵. Un exemple n’est pas surperfly. Un Etat membre est condamné par une décision de la Commission à récupérer auprès d’une entreprise une aide d’Etat déclarée incompatible avec le marché commun. Il ne conteste pas cette décision dans les délais prévu à l’article 230 CE. Si à un stade ultérieur, il omet de mettre en œuvre cette décision et, le cas échéant, fait l’objet d’une procédure en manquement, il lui est impossible de soulever à titre incident l’illégalité de la décision qui lui est adressée⁷⁶. Toute autre solution reviendrait à permettre de contourner le délai de deux mois prévu par l’article 230 CE⁷⁷.

48. Modalités du recours – L’exception d’illégalité est une procédure incidente. Elle ne peut donc être utilisée que dans le cadre d’une autre procédure engagée devant la juridiction communautaire sur la base d’une autre disposition du Traité (un recours en annulation sur le fondement de l’article 230 TCE, par exemple)⁷⁸.

⁷⁴ TPICE, Arrêt du 3 mai 2002, *Jégo-Quéré/Commission*, Aff. T-177/01, *Rec.*, II, page 2365 et nos réflexions *supra* aux notes 32 et 33.

⁷⁵ Ainsi, « le principe général, qui tend à garantir que toute personne dispose ou ait disposé d’une possibilité de contester un acte communautaire qui sert de fondement à une décision qui lui est opposée, ne s’oppose nullement à ce qu’un règlement devienne définitif pour un particulier, à l’égard duquel il doit être regardé comme une décision individuelle et qui aurait pu sans aucun doute en demander l’annulation en vertu de l’article 230 CE, ce qui empêche ce particulier d’exciper devant la juridiction nationale de l’illégalité de ce règlement » *Ibidem*, point 37. CJCE, Arrêt du 15 janvier 1986, *Commission/Royaume de Belgique*, Aff. 52/84, *Rec.*, page 89.

⁷⁶ Par contre, un Etat membre pourrait soulever l’illégalité d’un règlement, acte de portée générale qui se distingue donc de la décision individuellement adressée à un Etat, quand bien même il ne l’aurait pas contesté dans les délais prévus par l’article 230 CE, par exemple dans le cadre d’un recours en manquement. CJCE, Arrêt du 25 juillet 1999, *Commission/Royaume d’Espagne*, Aff. C-258/89, *Rec.*, I, page 3977.

⁷⁷ La dernière solution pour les requérants, les délais d’annulation étant dépassés et l’exception non admissible, dans ce cas est d’invoquer l’inexistence de l’acte, solution toutefois soumise à des conditions extrêmement strictes pour être accueillie : « une telle défense ne pourrait être accueillie que si la décision inexécutée était affectée de vices particulièrement graves et évidents, au point de pouvoir être qualifiée d’acte inexistant ». CJCE, Arrêt du 30 juin 1988, *Commission/République hellénique*, Aff. 226/87, *Rec.*, page 3611.

⁷⁸ CJCE, Arrêt du 15 février 2001, *Nachi Europe GmbH contre Hauptzollamt Krefeld*, Aff. C-239/99, *Rec.*, I, page 1197, point 33 : « selon une jurisprudence constante, la possibilité que donne l’article 241 CE d’invoquer l’inapplicabilité d’un règlement ne constitue pas un droit d’action autonome et ne peut être exercée que de manière incidente à l’occasion d’une procédure poursuivie devant la Cour elle-même sur le fondement d’une autre disposition du traité ». En matière préjudicielle, la Cour a donc logiquement jugé que « l’article 241 CE ne pouvant être invoqué devant la Cour en l’absence de recours principal dont celle-ci serait saisie, cette disposition ne saurait, en tant que telle, être appliquée dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel prévue à l’article 234 CE. Ainsi que l’a observé M. l’Avocat général au point 62 de ses conclusions, l’article 234 CE prévoit lui-même une procédure permettant de trancher une question qui se pose au sujet de la validité d’un acte

2. Effets des arrêts faisant droit à une exception d'illégalité

a. Effets inter partes

49. Autorité relative de la chose jugée – Similaire dans son objet, l'exception d'illégalité se distingue du recours en annulation au niveau de ses effets. L'arrêt faisant droit à l'exception d'illégalité n'a qu'une autorité relative de chose jugée. L'acte de base est tout simplement déclaré inapplicable à l'affaire.

50. Les conséquences de ce principe ne doivent pas être sous estimées. L'existence de l'acte de base n'est pas remise cause par l'arrêt⁷⁹. Le juge communautaire, dans ses interventions ultérieures, n'est donc pas tenu de soulever d'office l'illégalité de l'acte de base. Il revient aux requérants de se prévaloir de l'arrêt faisant droit à l'exception d'illégalité, faute de quoi l'acte illégal leur sera appliqué⁸⁰.

51. En vérité, cette solution, qui peut paraître surprenante, est juridiquement fondée : l'article 241 TCE ne s'accompagne pas, à la différence de l'article 230 TCE, d'un dispositif de nullité (celui prévu à l'article 231 TCE).

52. Conséquences pratiques – L'autorité relative de chose jugée des arrêts faisant droit à une exception d'illégalité a conduit à des situations juridiques ubuesques. Un exemple tiré du contentieux de la fonction publique⁸¹, permet de s'en convaincre. Dans les affaires *Busacca* et *Chavtal*, deux fonctionnaires, pourtant dans une situation identique, furent ainsi traités différemment, par le jeu de l'autorité relative de chose jugée. L'effet *inter partes* de l'exception d'illégalité, admise par le juge dans l'affaire *Busacca*, ne jouait que vis-à-vis de ce

communautaire, lorsqu'une telle question se pose à titre incident à l'occasion d'un litige devant une juridiction nationale ». *Ibidem*, point 34.

⁷⁹ CJCE, Arrêt du 14 décembre 1962, *Wöhrmann et Lütticke*, Aff. jointes 31/62 et 33/62, *Rec.*, page 965. Tout au plus, si l'exception est soulevée dans le cadre d'un recours en annulation, ce qui est le cas le plus fréquent, seul l'acte de mise en œuvre de l'acte de base sera quant à lui annulé.

⁸⁰ Un tel arrêt ne permet pas plus de rouvrir un délai de recours en annulation contre d'autres décisions individuelles prises sur le fondement de l'acte de base et adressées à des tiers qui n'ont pas fait valoir les possibilités de recours que leur offrait le Traité CJCE, Arrêt du 21 février 1974, *Roswitha Kortner, épouse Schots, et autres*, Aff. jointes 15 à 33, 52, 53, 57 à 109, 116, 117, 123, 132 et 135 à 137-73, *Rec.*, page 177.

⁸¹ F. BERROD, *op. cit.*, page 688. L'auteur parle, pour qualifier l'effet de ces deux arrêts, de « méli-mélo » juridique.

dernier requérant. Elle ne jouait donc pas dans l'affaire *Chvatal*,⁸² où un requérant dans une situation identique ne l'avait pas invoqué. L'acte de base illégal continua donc à sortir ses effets⁸³. Destinée à protéger la sécurité juridique, l'exception d'illégalité n'atteint pas son objectif, puisqu'elle occasionne des situations juridiques ubuesques.

b. L'exécution de l'arrêt

53. Réticence de la Cour – Une bonne partie des problèmes que nous venons d'évoquer se dissiperaient si, la Communauté était contrainte d'exécuter l'arrêt en abrogeant l'acte illégal. Formellement, la Cour n'a pourtant jamais imposé un devoir d'abrogation aux institutions dont l'acte a été reconnu illégal par le biais de l'article 241 TCE⁸⁴ (bien que certains avocats généraux se soient prononcés dans ce sens⁸⁵). Les institutions sont uniquement tenues de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt au principal⁸⁶.

54. Exécution cumulative ? – En l'état présent du droit, seule une multiplication des recours en exception d'illégalité dans tous les litiges impliquant les actes d'application de l'acte général contesté, est susceptible, par effet cumulatif, de fragiliser de manière irrémédiable la pérennité dudit acte⁸⁷.

§II. L'EFFET DES ARRÊTS DE MANQUEMENT

A. Bref rappel sur le recours en manquement

55. Prolégomènes – L'ordre juridique communautaire est souvent dépeint comme une construction *sui generis*, distincte d'une part des régimes fédéraux internes et, d'autre part, des régimes conventionnels instaurés par le droit international. Sitôt que l'on s'intéresse aux

⁸² CJCE, Arrêt du 5 octobre 2000, *Chvatal et Losch*, Aff. jointes C-432/98 P et C-433/98 P, *Rec.*, I, page 8535.

⁸³ CJCE, Arrêt du 5 octobre 2000, *Conseil/Busacca*, Aff. C-434/98 P, *Rec.*, I, page 8577.

⁸⁴ F. BERROD, *op. cit.*, page 686 et s. et *contra* J.P. JACQUÉ, *op. cit.*, page 688. On ne peut que s'en étonner surtout lorsque l'on sait que la Cour a été prompte à reconnaître une telle obligation lorsque l'invalidité découle d'un arrêt préjudiciel d'appréciation de validité. Voir *infra*.

⁸⁵ K. LENAERTS, D. ARTS et I. MASELIS, *Procedural Law of the EU*, 2^{ème} édition, Londres, Thomson, 2006, page 352, note 785.

⁸⁶ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, page 559.

⁸⁷ J.P. JACQUÉ, *op. cit.*, page 688.

effets des arrêts rendus dans le cadre de la procédure de manquement, cette « spécificité du droit communautaire » ressort nettement⁸⁸.

56. A la différence des jugements rendus par les Cours constitutionnelles dans les Etats fédéraux, qui entraînent la nullité de l'acte contraire (législation, règlement, etc.) au droit fédéral, la procédure prévue aux articles 226, 227 et 228 TCE, permet uniquement de faire constater le manquement d'un Etat aux obligations que lui impose le droit communautaire. En revanche, les arrêts de manquement dépassent tout système international classique où le respect des obligations découlant des Traités est uniquement assuré par le jeu de la réciprocité (à l'exception peut-être des systèmes internationaux jouissant d'une architecture juridictionnelle propre, comme l'OMC ou la CEDH).

57. Modalités du recours en manquement – La procédure de manquement est lancée à l'initiative de la Commission européenne (la « gardienne des Traités ») ou d'un Etat membre, à l'encontre d'un Etat membre qui aurait manqué à ses obligations découlant du droit communautaire⁸⁹. La Cour de Justice est la seule juridiction compétente pour constater le manquement (ou son absence). En 2007, pas moins de 212 recours en manquement ont été introduits devant la Cour⁹⁰.

58. Objet du recours en manquement – De toute évidence, le cas type de manquement est le défaut de transposition, en droit national, d'une directive communautaire. En dehors de ceci toutefois, d'autres manquements, moins évidents, peuplent la jurisprudence de la Cour. Un Etat manque parfois à ses obligations parce que l'une de ses réglementations (voire même une simple disposition) s'avère contraire au droit communautaire. Un Etat membre peut encore être poursuivi car la jurisprudence de ses cours et tribunaux est incompatible avec le droit communautaire⁹¹.

B. Effets des arrêts de manquement

⁸⁸ J.P. JACQUÉ, *op. cit.*, page 689.

⁸⁹ Article 227 CE. C'est un cas extrêmement rare. On peut citer, récemment, CJCE, Arrêt du 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne/Royaume-Uni*, Aff. C-145/04, *Rec.*, I, page 7917.

⁹⁰ Rapport d'activité de la Cour pour l'année 2007, page 85. Disponible sur www.curia.eu.

⁹¹ D'après la doctrine, cet arrêt s'inscrit dans la suite logique de la mise en cause de la responsabilité extracontractuelle des Etats du fait des violations du droit communautaire par leur juridiction suprême. M. PITTIE et P. VAN YPERSELE, « Chronique de jurisprudence – contentieux communautaire », *JTDE*, n°112, 8/2004, § 26.

59. Introduction – Pour apprécier les effets des arrêts de manquement, il faut partir de la lettre même de l'article 228 du Traité CE, qui dispose brièvement : « si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice ».

60. Aux termes de l'article 228 TCE, l'arrêt déclarant le manquement semble donc produire, de lui-même, des effets sur les Etats membres (1). Ces effets s'accompagnent en outre de lourdes conséquences si l'Etat membre reconnu en manquement omet d'exécuter l'arrêt de la Cour (2).

1. L'effet déclaratif de l'arrêt de manquement

61. Effet déclaratif – Le recours en manquement a un effet déclaratif⁹². L'arrêt de la Cour constate le manquement mais il n'emporte pas la nullité de l'acte national incompatible avec le droit communautaire. Ainsi s'explique le prescrit de l'article 228 TCE, selon lequel il incombe aux autorités nationales de remédier à la violation du droit communautaire.

62. Effet *erga omnes* – Les effets des arrêts de manquement dépassent les seules entités publiques concernées par la procédure. Les juridictions nationales sont ainsi tenues

« de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour étant entendu cependant que les droits appartenant aux particuliers découlent non de cet arrêt mais des dispositions mêmes du droit communautaire ayant effet direct dans l'ordre juridique interne »⁹³.

63. Le juge national pourra ainsi être conduit à écarter la loi nationale qui a été jugée incompatible avec le droit communautaire ou à appliquer directement la directive dont la non-transposition a été constatée⁹⁴.

64. Effet rétroactif – L'arrêt de manquement produit un effet rétroactif. Ce principe peut avoir des conséquences draconiennes. Tenu d'exécuter un arrêt de la Cour, l'Allemagne a

⁹² CJCE, Arrêt du 16 décembre 1960, *Humblet*, Aff. 6/60, *Rec.*, page 1125.

⁹³ Arrêt *Waterkeyn*, préc., point 16.

⁹⁴ Sur ce point âprement débattu, voir J.P. JACQUÉ, op. cit., pages 593 et s.

ainsi du résilié d'importants contrats de marchés publics passés en violation de ses obligations communautaires⁹⁵. Et le principe ne souffre d'aucune dérogation: l'Etat membre ne saurait s'appuyer sur les principes de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, le principe *pacta sunt servanda*, ou le respect dû au droit de propriété, pour échapper à son obligation⁹⁶.

65. Effet interprétatif – L'arrêt de manquement jouit également de l'autorité de chose interprétée⁹⁷. Dans ses arrêts de manquement, la Cour est souvent appelée à préciser l'interprétation des règles communautaires. Eclairées par l'interprétation du droit fournie dans l'arrêt de manquement, les juridictions nationales ne sont ne plus tenues d'adresser à la Cour des questions préjudicielles en interprétation⁹⁸.

66. Effet « exécutif » – L'arrêt de manquement impose de lourdes obligations de correction de l'illégalité à l'Etat membre. De fait,

« [Il] implique pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité et, le cas échéant, obligation de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire (nous soulignons) »⁹⁹.

67. La Cour a précisé les obligations qui découlent, pour les Etats membres, de ses arrêts en manquement dans l'affaire *Waterkeyn*¹⁰⁰. Ainsi, par exemple, si l'arrêt constate l'incompatibilité d'une législation nationale avec le droit communautaire, il impose au législateur national¹⁰¹ « l'obligation de modifier les dispositions en cause, de manière à les

⁹⁵ CJCE, Arrêt du 18 juillet 2007, *Commission/République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-503/04, *Rec.*, I, page 6153. Nous verrons toutefois que la Cour peut, par contre, moduler les effets de son arrêt dans le point consacré à la modulation de l'effet dans le temps des arrêts de la Cour de Justice. Bien qu'elle ne l'ait jamais fait, elle n'a en effet pas écarté cette possibilité concernant ses arrêts en manquement.

⁹⁶ L'intransigeance de la Cour, peu encline à admettre les moyens de défense soulevés par les Etats, dans le cadre de ce contentieux tient, selon ses propres termes, au caractère *sui generis* de la procédure prévue par l'article 228. Voir S. VAN DER JEUGHT, « Double manquement – Les recours contre un Etat membre pour non-exécution d'un arrêt en manquement », *JTDE*, 2006, n°134, pages 289 et s. et plus sp. § 22 et s. De ce caractère *sui generis* découle le fait que, dans le cadre du recours en manquement sur manquement, les « droits de la défense doivent tenir compte du but poursuivi par la procédure prévue à l'article 228 à savoir (...) garantir la légalité »

⁹⁷ Sur cette notion, voir *infra*, les développements consacrés lors de l'analyse du renvoi préjudiciel.

⁹⁸ *Infra* et F. BERROD, *op. cit.*, page 88.

⁹⁹ CJCE, Ordonnance du 28 mars 1980, *Commission/République française*, Aff. jointes 24 et 97/80 R, *Rec.*, page 1319.

¹⁰⁰ CJCE, Arrêt du 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, Aff. jointes 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, *Rec.*, page 4337.

¹⁰¹ Il peut ainsi s'agir d'un démembrement de l'Etat. En effet, les Etats membres sont libres de répartir les compétences internes comme ils l'entendent. CJCE, Arrêt du 14 janvier 1988, *Commission/Royaume de Belgique*, Aff. jointes 227, 228, 229 et 230/85, *Rec.*, page 1. Comme nous l'avons vu, ils ne peuvent toutefois pas exciper des difficultés posées par cette organisation pour retarder la mise en œuvre de l'arrêt.

rendre conformes aux exigences du droit communautaire »¹⁰². L'arrêt de la Cour, même s'il ne peut imposer une solution au législateur, peut toutefois être une aide précieuse afin de comprendre comment rendre le droit national compatible avec le droit communautaire¹⁰³.

68. Délais d'exécution – Les autorités nationales doivent agir « immédiatement » et aboutir dans les « délais les plus brefs »¹⁰⁴. Si la Cour apprécie ce délai au cas par cas, elle a toutefois pu décider qu'un retard de « plusieurs années » dans l'adoption de mesures correctrices était manifestement déraisonnable¹⁰⁵.

69. Exceptions – L'Etat membre ne peut invoquer aucune justification pour se soustraire à l'obligation de correction que lui impose l'article 228 TCE. Un Etat membre ne peut pas, par exemple, arguer de la situation « sociale et économique » délicate qu'il connaît pour retarder la mise en œuvre d'un arrêt¹⁰⁶ ou exciper des difficultés issues de l'organisation de son ordre juridique interne¹⁰⁷.

2. L'ouverture d'une voie d'exécution – Le recours « en manquement sur manquement »

a. Position du problème

70. Un droit sans sanction n'est pas un droit¹⁰⁸ – Les principes que nous venons d'évoquer resteraient certainement lettre morte à défaut de possibilité de contrainte sur les Etats membres récalcitrants. Pour répondre à cette difficulté, sans toutefois ébranler la séparation stricte de compétences entre la Cour et les Etats membres (qui fait reposer sur ces derniers l'obligation de mettre en conformité leur législation nationale avec le droit communautaire), le Traité de Maastricht a instauré un mécanisme autonome d'exécution des arrêts de manquement. L'article 228, alinéa 2, permet à la Cour, sur saisine de la Commission, d'infliger aux Etats membres « des amendes ou des astreintes » en cas de « manquement à un

¹⁰² Arrêt *Waterkeyn*, préc., point 14.

¹⁰³ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, page 471.

¹⁰⁴ CJCE, Arrêt du 6 novembre 1985, *Commission/République italienne*, Aff. 131/84, *Rec.*, page 3531

¹⁰⁵ CJCE, Arrêt du 6 novembre 1985, *Commission/République italienne*, Aff. 131/84, *Rec.*, page 3531.

¹⁰⁶ CJCE, Arrêt du 6 novembre 1985, *Commission/République italienne*, Aff. 131/84, *Rec.*, page 3531.

¹⁰⁷ CJCE, Arrêt du 14 janvier 1988, *Commission/Royaume de Belgique*, Aff. jointes 227, 228, 229 et 230/85, *Rec.*, page 1 ; CJCE, Arrêt du 19 février 1991, *Commission/Royaume de Belgique*, Aff. C-375/89, *Rec.*, I, page 383 ; CJCE, Arrêt du 27 avril 1988, *Commission/République italienne*, Aff. 225/86, *Rec.*, page 2271.

¹⁰⁸ Pour un exposé et une discussion, voir D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 300 pages.

arrêt de manquement », c'est-à-dire quand l'Etat membre n'a pas remédié à la situation constatée par un arrêt de manquement :

« si l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour dans le délai fixé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances. Si la Cour de justice reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte ».¹⁰⁹

71. S'il n'y a pas là une voie d'exécution *sensu stricto* – la procédure n'a pas pour effet de rendre exécutoire l'arrêt en manquement de la Cour¹¹⁰ – la procédure s'analyse toutefois comme un mécanisme d'incitation. L'Etat membre est encouragé, par la contrainte financière, à adopter les mesures nécessaires pour se conformer à un arrêt de manquement¹¹¹. On dénombre à ce jour sept cas d'application de cette disposition¹¹².

72. **Astreinte** – La Commission a publié des lignes directrices sur la méthode qu'elle entendait suivre pour calculer le montant des sommes forfaitaires et des astreintes proposées à la Cour¹¹³. De toute évidence, la Cour n'est pas tenue par les propositions de la Commission. Elle peut modifier le(s) montant(s) proposé(s) et ce, même à la hausse¹¹⁴.

73. L'astreinte court jusqu'à ce que l'Etat ait mis fin à la violation du droit communautaire. Elle agit selon une périodicité fixée par la Cour. Ainsi, dans son arrêt *Commission/République française*, la Cour a fixé le montant de l'astreinte à « 57.761.250 euros, pour chaque période

¹⁰⁹ Voir S. VAN DER JEUGHT, *op. cit.*, pages 289 et s. CJCE, Arrêt du 4 juillet 2000, *Commission/République hellénique*, Aff. C-387/97, *Rec.*, I, page 5047

¹¹⁰ B. MASSON, « L'obscur clarté de l'article 228§2 CE », *RTDE*, 2004, vol.4, page 661 et références citées.

¹¹¹ Terminons par des considérations purement financières pour indiquer que les sommes versées sont par l'Etat sur le compte « ressources propres de la Communauté européenne », ce qui permet à cette dernière d'en disposer comme bon lui semble.

¹¹² La première mise en œuvre effective de cet article a eu lieu en 2000, dans un arrêt *Commission/République hellénique* : CJCE, Arrêt du 4 juillet 2000, *Commission/République hellénique*, Aff. C-387/97, *Rec.*, I, page 5047 ; CJCE, Arrêt du 10 janvier 2008, *Commission/République portugaise*, Aff. C-70/06, non encore publié au *Rec.* CJCE, Arrêt du 18 juillet 2007, *Commission/République fédérale d'Allemagne*, Aff. C-503/04, *Rec.*, I, page 6153. CJCE, Arrêt du 18 juillet 2006, *Commission/République italienne*, Aff. C-119/04, *Rec.*, I, page 6885. CJCE, Arrêt du 14 mars 2006, *Commission/République française*, Affaire C-177/04, *Rec.*, I, page 2461. CJCE, Arrêt du 12 juillet 2005, *Commission/République française*, Aff. C-304/02, *Rec.*, I, page 6263. CJCE, Arrêt du 25 novembre 2003, *Commission/Royaume d'Espagne*, Aff. C-278/01, *Rec.*, I, page 14141. CJCE, Arrêt du 4 juillet 2000, *Commission/République hellénique*, Aff. C-387/97, *Rec.*, I, page 5047.

¹¹³ Communication de la Commission européenne, SEC(2005)1658.

¹¹⁴ CJCE, Arrêt du 12 juillet 2005, *Commission/République française*, Aff. C-304/02, *Rec.*, I, page 6263, points 89 et s.

de six mois à compter du prononcé [de l']arrêt »¹¹⁵. La Commission doit de son côté contrôler la bonne exécution de l'arrêt et¹¹⁶, le cas échéant, cesser d'ordonner le paiement de l'astreinte une fois que l'Etat agit en conformité avec le droit communautaire.

74. Cumul amendes/astreintes – Revenons un instant sur une évolution remarquable de la jurisprudence de la Cour. La lettre de l'article 228 TCE, qui évoque des « amendes ou astreintes », donne à penser que les deux mécanismes d'exécution sont exclusifs l'un de l'autre. Pourtant, dans son arrêt *Commission/République française*,¹¹⁷ la Cour a, suivant les conclusions de l'Avocat Général Geelhoed, consacré une solution contraire à la lettre du Traité, en se jugeant compétente pour imposer cumulativement une pénalité forfaitaire et une astreinte.¹¹⁸ L'utilisation de la conjonction « ou », nous dit la Cour, doit être entendue « dans un sens cumulatif »¹¹⁹.

75. Exécution forcée ? – En l'état actuel du droit communautaire, l'exécution forcée d'un arrêt de la Cour condamnant un Etat membre au paiement d'une somme forfaitaire et/ou d'une astreinte – c'est à dire la possibilité d'exécution du jugement qui serait imposée à l'Etat membre sur ses biens par le ministère d'un officier public compétent¹²⁰ – est impossible¹²¹. L'article 244 TCE a beau préciser que « les arrêts de la Cour de justice ont force exécutoire », l'article 256 indique que son champ d'application est limité aux arrêts « qui comportent, à la charge des personnes autres que les États, une obligation pécuniaire ». Le traité de Lisbonne n'apporte aucune modification sur ce point.

¹¹⁵ Arrêt 304/02, préc., point 113.

¹¹⁶ En cas de litige entre la Commission et l'Etat membre sur l'effectivité de la bonne exécution de l'arrêt, le TPICE serait compétent pour trancher le différend. Voir S. VAN DER JEUGHT, *op. cit.*, aux § 31 et s. Dans l'affaire *Commission/République française* en question, c'est en novembre 2006 que la Commission a constaté celle-ci et a renoncé à percevoir le montant de l'astreinte pour la seconde période de six mois échue. « La France a entièrement rempli ses obligations relatives à un arrêt de la Cour sur la pêche – pas de nouvelle astreinte », IP/06/1621, 23 Novembre 2006.

¹¹⁷ CJCE, Arrêt du 12 juillet 2005, *Commission/République française*, Aff. C-304/02, *Rec.*, I, page 6263.

¹¹⁸ *Ibidem*, points 81 et 82 : Elle justifie cette évolution par le fait que « l'application de l'une ou de l'autre de ces deux mesures dépend de l'aptitude de chacune à remplir l'objectif poursuivi en fonction des circonstances de l'espèce. Si l'imposition d'une astreinte semble particulièrement adaptée pour inciter un État membre à mettre fin, dans les plus brefs délais, à un manquement qui, en l'absence d'une telle mesure, aurait tendance à persister, l'imposition d'une somme forfaitaire repose davantage sur l'appréciation des conséquences du défaut d'exécution des obligations de l'État membre concerné sur les intérêts privés et publics, notamment lorsque le manquement a persisté pendant une longue période depuis l'arrêt qui l'a initialement constaté. Dans ces conditions il n'est pas exclu de recourir aux deux types de sanctions prévues à l'article 228, paragraphe 2, CE notamment lorsque le manquement, à la fois, a perduré une longue période et tend à persister ».

¹¹⁹ *Ibidem*, point 83.

¹²⁰ CORNU, *op. cit.*, v° Exécution – forcée, *mutatis mutandis*.

¹²¹ Voir S. VAN DER JEUGHT, *op. cit.* et références citées. B. MASSON, *op. cit.*, page 661.

76. Evolution récente – La procédure de manquement sur manquement n’a pas mis fin aux problèmes de transposition tardive¹²². C’est pour résoudre ce problème que le Traité de Lisbonne prévoit désormais que la Cour pourra, dès le prononcé de l’arrêt en manquement pour défaut de transposition, infliger une sanction pécuniaire à charge de l’Etat. Voilà sans doute une évolution à saluer¹²³.

§III. LES RECOURS INDIRECTS

A. Bref rappel sur les recours indirects en droit communautaire

77. Objet de la question préjudicielle – L’article 234 du Traité CE abrite les célèbres procédures de question préjudicielle¹²⁴, à savoir la question préjudicielle en interprétation et la question préjudicielle en appréciation de validité¹²⁵. Si l’on voulait en résumer la philosophie en quelques mots, on pourrait dire que ces procédures aménagent¹²⁶ la coopération des juges nationaux, confrontés au quotidien aux difficultés d’application du droit communautaire¹²⁷, et de la Cour de Justice, gardienne de la légalité communautaire et de l’application uniforme des Traités. Il faut donc distinguer entre le pouvoir d’interprétation, qui appartient à la Cour de Justice, et l’application du droit aux faits de l’espèce, qui relève de la compétence unique de la juridiction nationale¹²⁸.

¹²² 17 ans de procédure parfois. CJCE, Arrêt du 12 juillet 2005, *Commission/République française*, Aff. C-304/02, *Rec.*, I, page 6263.

¹²³ Même si le dit Traité aurait gagné à être plus clair dans sa formulation. Futur article 260, alinéa 3 TFUE prévoit que « lorsque la Commission saisit la Cour de justice de l’Union européenne d’un recours en vertu de l’article 258, estimant que l’État membre concerné a manqué à son obligation de communiquer des mesures de transposition d’une directive adoptée conformément à une procédure législative, elle peut, lorsqu’elle le considère approprié, indiquer le montant d’une somme forfaitaire ou d’une astreinte à payer par cet État, qu’elle estime adapté aux circonstances. Si la Cour constate le manquement, elle peut infliger à l’État membre concerné le paiement d’une somme forfaitaire ou d’une astreinte dans la limite du montant indiqué par la Commission. L’obligation de paiement prend effet à la date fixée par la Cour dans son arrêt ».

¹²⁴ Il faut y ajouter deux procédures particulières de questions préjudicielles que sont l’article 68 du Traité CE et l’article 35 du Traité UE. Celles-ci ne seront pas étudiées dans la présente contribution. Ils seront abrogés par le Traité de Lisbonne. Toutefois, les futurs articles 275 et 276 du TFUE continueront de prévoir des règles particulières sur la compétence de la Cour dans certains pans du droit européen (PESC d’une part, et l’espace de liberté, de sécurité et de justice d’autre part).

¹²⁵ Lorsque le Traité de Lisbonne entrera en vigueur, il deviendra l’article 267 du TFUE.

¹²⁶ J.P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006, pages 720 et s. et Note informative sur l’introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales, *JO* du 11 juin 2005, C 143, pages 1 à 4.

¹²⁷ TPICE, Arrêt du 10 juillet 1990, *Tetra Pak Rausing SA*, Affaire T-51/89, *Rec.*, II, page 309, point 42.

¹²⁸ CJCE, Arrêt du 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, Aff. 26-62, *Rec.*, page 3. En effet, son rôle « est de fournir une interprétation du droit communautaire ou de statuer sur sa validité, et non d’appliquer ce droit à la situation de fait sous-tendant la procédure au principal, rôle qui revient à la juridiction nationale ». Ce faisant, elle

78. Modalités de la question préjudicielle – On peut résumer rapidement la procédure prévue à l'article 234 CE¹²⁹. En ce qui concerne la question préjudicielle en interprétation, tout d'abord, une juridiction nationale¹³⁰, adresse sur demande ou d'office¹³¹, à la Cour de Justice une (ou plusieurs) question(s) touchant à l'interprétation du droit primaire ou de certains actes communautaires de droit dérivé¹³². La juridiction est tenue de saisir la Cour si elle intervient en dernier ressort¹³³.

79. En ce qui concerne la question préjudicielle en validité, ensuite, seuls les actes de droit dérivé – et non les Traités – peuvent évidemment faire l'objet d'une telle procédure¹³⁴. La question préjudicielle est ici obligatoire, même pour les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours. Certes, si l'acte est « clair », ou que la question a déjà été tranchée, le tribunal national peut prononcer la validité d'un acte communautaire sans poser une question préjudicielle. Toutefois, dès lors qu'il a des doutes sur la validité de l'acte communautaire contesté,¹³⁵ il doit saisir la Cour¹³⁶. Le juge doit au préalable vérifier que le requérant n'a pas

s'efforce certes de « donner une réponse utile pour la solution du litige », mais c'est à la juridiction de renvoi « qu'il revient d'en tirer les conséquences, le cas échéant en écartant l'application de la règle nationale en question ». Toutefois, comme nous le verrons, la Cour est parfois tellement précise dans sa réponse que la marge de manœuvre du juge national est de fait quasi nulle.

¹²⁹ Pour plus de détails nous renvoyons par exemple aux ouvrages de T.C. HARTLEY, *The foundations of European community Law*, 6ème Edition, Oxford, OUP, 2007 ou de J.P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006 ainsi qu'à l'ensemble des ouvrages généraux référencés dans cet article.

¹³⁰ Au sens de la jurisprudence de la Cour. Voir CJCE, Arrêt du 14 juin 2001, *Doris Salzmann*, Aff. C-178/99, *Rec.*, I, page 4421, point 13 : « À cet égard, pour apprécier si l'organisme de renvoi possède le caractère d'une juridiction au sens de l'article 177 du traité, question qui relève uniquement du droit communautaire, la Cour tient compte d'un ensemble d'éléments, tels l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par l'organisme, des règles de droit ainsi que son indépendance ».

¹³¹ CJCE, Arrêt du 14 décembre 2000, *Fazenda Pública*, Aff. C-446/98, *Rec.*, I, page 11435.

¹³² L'article 234 TCE énonce que « la Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: a) sur l'interprétation du présent traité; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la BCE; c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient ».

¹³³ CJCE, Arrêt du 4 juin 2002, *Procédure pénale contre Kenny Roland Lyckeskog.*, Affaire C-99/00, *Rec.*, I, page 4839, points 14 et s. : « Les décisions d'une juridiction nationale d'appel qui peuvent être contestées par les parties devant une Cour suprême n'émanent pas d'une «juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne», au sens de l'article 234 CE. La circonstance que l'examen au fond de telles contestations soit subordonné à une déclaration préalable de recevabilité par la Cour suprême n'a pas pour effet de priver les parties de voie de recours ». Cependant cette obligation s'éteint en présence d'un acte clair. Sur ce point voir CJCE, Arrêt du 6 octobre 1982, *Cilfit*, Aff. 283/81, *Rec.*, page 3415.

¹³⁴ Comme le prévoit l'article 234 TCE, « La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel: (...) b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la BCE ». On le voit, les limitations prévues dans le cadre du recours en annulation à l'égard des particuliers ne sont pas prévues ici.

¹³⁵ C'est en tout cas la conclusion à laquelle pousse l'arrêt *Foto-Frost* où la Cour a dit pour droit que « les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne peuvent

eu la possibilité d'introduire un recours en annulation contre l'acte critiqué. Comme l'a jugé la Cour dans son arrêt *TWD*, on introduirait autrement « la faculté de contourner le caractère définitif que revêt à son égard la décision après l'expiration des délais de recours » ce qui, à n'en pas douter, « serait incompatible avec les exigences de la sécurité juridique »¹³⁷.

80. Considérations pratiques – La question préjudicielle est aujourd'hui la « voie royale » d'accès au juge communautaire. Rien qu'en 2007, 263 questions préjudicielles ont été adressées à la Cour¹³⁸. Le cas le plus fréquent d'application du recours en appréciation de validité est celui dans lequel une mesure nationale, prise sur le fondement du droit communautaire, est contestée au motif que l'acte communautaire qui lui a servi de base est invalide¹³⁹. Il est toutefois possible de contester la validité d'un acte communautaire en l'absence de mesure nationale de mise en œuvre: cela est particulièrement intéressant en cas de contestation d'une directive, puisqu'il ne faut pas attendre qu'elle ait été transposée pour en contester la légalité¹⁴⁰.

B. Les effets des recours indirects

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. Par contre, les juridictions nationales, que leurs décisions soient ou non susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes des institutions communautaires ». CJCE, Arrêt du 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, Affaire 314/85, *Rec.*, page 4199. Il faut également noter que la doctrine de l'acte clair établie par l'arrêt *Cilfit*, préc., ne s'applique pas dans le cadre de l'appréciation de validité. Sur ce point, voir D. WYATT, A. DASHWOOD et al., *European Union Law*, 5ème édition, London, Sweet & Maxwell, 2006, pages 523 et 524.

¹³⁶ Note informative sur l'introduction de procédures préjudicielles par les juridictions nationales, préc., points 15 et 16. Une exception limitée à cette obligation est toutefois prévue en cas de procédure nationale en référé et ce en raison de l'urgence J.P. JACQUÉ, *op. cit.*, page 735. En raison de l'urgence, l'acte peut être suspendu à condition que la Cour soit immédiatement saisie d'une demande préjudicielle en validité.

¹³⁷ La Cour a en effet limité la possibilité pour les requérants de recourir à la question préjudicielle en validité. Dans son arrêt *TWD*, la Cour a exclu qu'un requérant qui « n'a pas formé de recours contre [une décision] sur le fondement de l'article [230] du traité ou ne l'a pas formé dans les délais impartis » puisse s'opposer, devant la juridiction nationale, à l'exécution de la décision en se fondant sur l'illégalité de celle-ci. CJCE, Arrêt du 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH*, Aff. C-188/92, *Rec.*, I, page 833.

¹³⁸ Rapport d'activité de la Cour 2007, page 86, disponible sur www.curia.eu.

¹³⁹ D. WYATT, A. DASHWOOD et al., *op. cit.*, pages 522 et s. Le recours est donc exclu si cet acte de base aurait pu être contesté sur base du recours en annulation par le requérant. Selon l'Avocat général Jacobs, dans ses conclusions sous l'arrêt *TWD*, préc. « c'est seulement dans des situations dans lesquelles le droit d'agir au titre de l'article [230] est manifestement indubitable que la possibilité de former un recours direct en vertu de cette disposition devrait empêcher une personne physique ou morale de contester indirectement une décision adressée à une autre personne. L'adoption de cette approche supprime l'obligation pour la juridiction nationale de résoudre la question préliminaire complexe du droit d'agir au titre de l'article [230] ». Ce raisonnement sera suivi par la Cour dans son arrêt *Accrington* (CJCE, Arrêt du 12 décembre 1996, *Accrington*, Aff. C-241/95, *Rec.*, I, page 6699).

¹⁴⁰ CJCE, Arrêt du 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, Aff. C-491/01, *Rec.*, I, page 11453.

81. Position du problème – Le Traité ne dit mot des effets des arrêts rendus en réponse à une question préjudicielle¹⁴¹. La jurisprudence de la Cour a cependant suppléé à ce silence. Il faut ici distinguer la question des effets attachés aux arrêts rendus en interprétation (A) de la question des effets des arrêts rendus en appréciation de validité (B).

A. Les effets des arrêts rendus en interprétation

82. Schématiquement, les effets des arrêts rendus sur question préjudicielle en interprétation du droit communautaire s'exercent d'une part sur les juridictions (1) et, d'autre part, sur les Etats membres (et singulièrement) sur les autorités législatives (2).

1. Les effets des arrêts préjudiciels envers les juridictions nationales

83. Autorité de la chose interprétée – La doctrine s'est parfois interrogée sur l'autorité de chose jugée des arrêts rendus en interprétation¹⁴². A la réflexion, toutefois, le débat ne se pose en ces termes. L'autorité de la chose jugée s'attache en principe uniquement aux jugements qui tranchent un litige¹⁴³. Or, cela n'est pas le cas d'un arrêt qui ne fait qu'interpréter le droit communautaire pertinent, sans trancher le litige au principal, tâche du juge national. Aussi parle-t-on, en la matière, « d'autorité de la chose interprétée » pour évoquer les effets des arrêts rendus par la Cour sur question préjudicielle. La Cour, de son côté, préfère parler de l'effet déclaratoire de ses arrêts.

84. Effets envers la juridiction de renvoi – Dans le cadre du litige au principal, la juridiction de renvoi est bien évidemment liée par l'arrêt de la Cour. Concrètement, le juge national doit veiller à fidèlement donner effet à l'interprétation promue par la Cour, par

¹⁴¹ Nous verrons toutefois *infra* qu'en ce qui concerne le recours en appréciation de validité, la Cour applique par analogie les règles relatives à l'effet des recours en annulation. Récemment, la Cour a également fait une application par analogie de l'article 231 dans le cadre d'une question en interprétation (CJCE, Arrêt du 11 décembre 2007, *Skoma Lux*, Aff. C-161/06, non encore publié au recueil (les arrêts non publiés au Recueil sont d'ores et déjà disponibles sur le site de la Cour www.curia.eu) bien que le raisonnement de la Cour dans cette affaire soit particulièrement « alambiqué » (D. SIMON, « Régime linguistique », *Europe*, n° 2, Février 2008, comm. 29). S'agissant d'un cas d'espèce, nous ne nous y étendrons pas.

¹⁴² J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2001, page 367.

¹⁴³ *Ibidem*, S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, pages 440 et s. et C. NOURISSAT, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CJCE », *Procédures*, n°8, Août 2007, étude 20.

exemple, en écartant l'application du droit national (même postérieur) contraire aux normes de droit communautaire¹⁴⁴.

85. A cette fin, le juge national dispose généralement d'une certaine marge de manœuvre. L'autorité de chose interprétée s'attache en effet au dispositif de l'arrêt tel que « compris à la lumière des motifs » qui le fondent¹⁴⁵. Cette observation est importante. La Cour laisse souvent une marge d'appréciation aux juridictions nationales quant à l'application de l'arrêt aux faits à la cause¹⁴⁶.

86. Son récent arrêt *Viking* éclaire ainsi à merveille toutes les vérifications factuelles qui incombent au juge de renvoi¹⁴⁷. Dans cette affaire, la Cour indique qu'une grève peut entraver la liberté d'établissement, mais admet qu'une telle restriction est admissible en tant que raison impérieuse touchant à la protection des travailleurs. A cette fin, note la Cour :

« Il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier si les buts poursuivis par FSU et ITF au moyen de l'action collective engagée par ces derniers concernaient la protection des travailleurs ».

87. Elle ajoute que :

« cette qualification ne saurait toutefois être maintenue s'il était établi que les emplois ou les conditions de travail en cause n'étaient pas compromis ou sérieusement menacés »¹⁴⁸.

88. Et,

¹⁴⁴ CJCE, Arrêt du 9 mars 1978, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, page 629. Il peut même être tenu d'écarter une loi nationale postérieure. Ceci découle directement de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Simmenthal* où elle a dit pour droit que « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, à l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »

¹⁴⁵ CJCE, Arrêt du 16 mars 1978, *Robert Bosch GmbH*, Aff. 135/77, *Rec.*, page 855.

¹⁴⁶ T.C. HARTLEY, *The foundations of European community Law*, 6ème Edition, Oxford, OUP, 2007, pages 295 et 296. CJCE, Arrêt du 12 décembre 1974, *Walrave*, Aff. 36-74, *Rec.*, page 1405, point 10. Cet auteur donne ainsi l'exemple de l'arrêt *Walrave* où la Cour a énoncé qu'il appartient « à la juridiction nationale de qualifier, au regard de ce qui précède, l'activité soumise à son appréciation et de décider en particulier si, dans le sport en cause, entraîneur et coureur constituent ou non une équipe »

¹⁴⁷ CJCE, Arrêt du 11 décembre 2007, *Viking*, Aff. C-438/05, non encore publié au Recueil. Sur cet arrêt, voir P. CHAUMETTE, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises. CJCE 11 décembre 2007, ITF & The Finnish Seamen's Union, aff. C-438/05, CJCE 18 décembre 2007, Laval & Partnery Ltd, aff. C-341/05 », *Droit social*, 2008, pages 210 à 220 ; E. BROUSSY, F. DONNAT, et C. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Compétence communautaire et sanctions pénales », *L'actualité juridique - droit administratif*, 2008, pages 242 à 244 et D. SIMON, « Libre circulation des entreprises, conventions collectives et actions syndicales », *Europe*, 2008, Février, Comm. n° 40, pages 18 à 20.

¹⁴⁸ Arrêt *Viking*, préc., point 81.

« dans l'hypothèse où, au terme de cet examen, la juridiction de renvoi parviendrait à la conclusion que, dans l'affaire dont elle est saisie, les emplois ou les conditions de travail des membres de FSU(...) sont véritablement compromis ou sérieusement menacés, il lui incomberait encore de vérifier si l'action collective engagée par ce syndicat est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier »¹⁴⁹.

89. Plus rarement, cependant, la Cour se montrera directive et, le cas échéant, réduira la marge de manœuvre du juge de renvoi à une peau de chagrin¹⁵⁰. L'affaire *Cristini contre SNCF* en apporte une bonne illustration. La Cour a ainsi décidé que :

« l'article 7, paragraphe 2, du Règlement n°1612/68 [...] doit être interprété en ce sens que les avantages sociaux visés par cette disposition comprennent les cartes de réduction sur les prix de transport, délivrées par un organisme national de chemin de fer aux familles nombreuses, et cela, même si ce bénéfice n'est demandé qu'après le décès du travailleur, au profit de sa famille demeurée dans le même état membre »¹⁵¹.

90. Le juge de renvoi reste évidemment le seul capable de « juger [s'il est] suffisamment éclair[é] par la décision préjudicielle rendue, ou s'il est nécessaire de saisir de nouveau la Cour »¹⁵². Il lui est donc possible de ressaisir la Cour, s'il conserve des doutes sur la portée exacte de l'arrêt rendu en interprétation¹⁵³.

91. Effet envers les autres juridictions – Selon la doctrine, l'arrêt préjudiciel en interprétation exercerait un effet *erga omnes* (ou « quasi *erga omnes* »¹⁵⁴) vis-à-vis de l'ensemble des juridictions nationales de la Communauté. Dans toute affaire ultérieure où une interprétation d'une règle communautaire déjà interprétée par la Cour est nécessaire, les juridictions nationales devraient donc appliquer l'arrêt de la Cour pour trancher le litige qui se présente devant elles¹⁵⁵.

¹⁴⁹ *Ibidem*, point 91.

¹⁵⁰ T.C. HARTLEY, *op. cit.*, pages 294 et 295.

¹⁵¹ CJCE, Arrêt du 30 septembre 1975, *Anita Cristini contre Société nationale des chemins de fer français*, Aff. 32-75, *Rec.*, page 1085.

¹⁵² CJCE, Arrêt du 24 juin 1969, *Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH*, Aff. 29-68, *Rec.*, page 165, point 3.

¹⁵³ CJCE, Arrêt du 3 février 1977, *Luigi Benedetti contre Munari*, Affaire 52-76, *Rec.*, page 163, point 26 ; CJCE, Arrêt du 14 décembre 2000, *Fazenda Pública*, Aff. C-446/98, *Rec.*, I, page 11435, points 49 et 50.

¹⁵⁴ G. ISAAC, *op. cit.*, page 449.

¹⁵⁵ CJCE, Arrêt du 13 décembre 1983, *Apple and Pear*, Aff.. 222/82, *Rec.*, page 4083, point 38. Cette obligation concerne également les rapports juridiques nés et constitués avant le prononcé de l'arrêt, l'arrêt d'interprétation ayant un effet rétroactif Il n'y a donc plus d'obligation de saisine de la Cour face à une question qui a déjà été tranchée, le juge pouvant appliquer au cas qui lui est soumis, analogue à une question déjà tranchée, la solution dégagée par la Cour dans un autre arrêt CJCE, Arrêt du 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake NV*, Aff. jointes 28 à 30-62, *Rec.*, page 61.

92. De là toutefois à parler, comme le font certains, de « valeur de précédent », il n’y a qu’un pas qu’il serait imprudent de franchir. En effet, même si comme nous l’avons vu, une juridiction peut renoncer à poser une question préjudicielle au sujet d’un point de droit déjà interprété¹⁵⁶, rien n’interdit à une juridiction nationale de le faire malgré tout, dès lors qu’elle estime une nouvelle interprétation nécessaire afin de résoudre son litige. Bref, face à une question déjà posée, la question préjudicielle demeure toujours une possibilité (même si elle n’est plus jamais obligatoire).

93. En vérité, de bonnes raisons justifient qu’une juridiction nationale réinterroge la Cour au sujet d’une question déjà tranchée: la réponse peut manquer de clarté, la solution dégagée dans l’arrêt antérieur est peut-être liée à une situation de fait particulière, les parties avancent de nouveaux arguments.

94. Effets envers la Cour de justice – Face à cette nouvelle – mais ancienne – question, la Cour jouit de la plus grande liberté. Soit elle n’entend pas modifier sa jurisprudence antérieure (ou estime que la réponse à la question est évidente au regard de sa jurisprudence) et elle statue par voie d’ordonnance¹⁵⁷. Soit elle estime la question fondée. Elle rend alors un nouvel arrêt précisant sa jurisprudence antérieure ou, plus rarement (on connaît les réticences de la Cour à y procéder)¹⁵⁸, opère un revirement¹⁵⁹.

2. Les effets des arrêts préjudiciels envers les Etats membres

95. « Coopération loyale » des Etats membres – Les effets des arrêts préjudiciels constatant l’incompatibilité du droit communautaire avec une mesure nationale s’étendent aux

¹⁵⁶ Même si, en vertu de l’article 234 CE, elle est tenue de le faire (s’il s’agit d’une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours).

¹⁵⁷ Voir le règlement de procédure de la Cour, Article 104, §3. « Lorsqu’une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué ou lorsque la réponse à une telle question peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour peut, après avoir entendu l’avocat général, à tout moment, statuer par voie d’ordonnance motivée comportant référence à l’arrêt précédent ou à la jurisprudence en cause ». Le règlement de procédure est disponible sur <http://curia.europa.eu/fr/instit/txtdocfr/index.htm>, le site de la Cour de Justice, visité le 18 mars 2008.

¹⁵⁸ Sur ce point, voir également C. CHARRIER, « *L’Obiter Dictum* dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes », *CDE*, 1998, page 82.

¹⁵⁹ Les cas de revirement explicite sont rares. Pour un exemple voyez CJCE, Arrêt du 24 novembre 1993, *Bernard Keck et Daniel Mithouard*, Aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, I, page 6097. CJCE, Arrêt du 16 mai 2000, *Royaume de Belgique contre Royaume d’Espagne*, Affaire C-388/95, *Rec.*, I, page 3123.

pouvoirs publics. L'obligation de « coopération loyale » prévue à l'article 10 CE¹⁶⁰ impose de manière générale aux Etats membres d'effacer les conséquences illicites de toute violation du droit communautaire¹⁶¹. Autonomie procédurale oblige, l'Etat conserve le choix des mesures à prendre à cette fin¹⁶². S'il ne s'exécute pas, il s'expose alors à une procédure en manquement¹⁶³.

96. L'effet « direct » de l'arrêt préjudiciel ? – Un certain temps s'écoule parfois entre le moment où le droit national est déclaré incompatible, et le moment où interviennent les pouvoirs publics. Une telle situation s'est présentée en matière de discrimination : des législations nationales octroyant un statut avantageux à certaines personnes furent jugées discriminatoires, et le cas échéant, incompatibles par la Cour. En pareilles circonstances, le juge s'est prononcé dans le sens d'une extension immédiate des avantages aux victimes de la discrimination:

« dans des cas de discriminations contraires au droit communautaire, aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées, le respect du principe d'égalité ne saurait être assuré que par l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée. Dans une telle hypothèse, le juge national est tenu d'écarter toute disposition nationale discriminatoire, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par le législateur, et d'appliquer aux membres du groupe défavorisé le même régime que celui dont bénéficient les personnes de l'autre catégorie »¹⁶⁴.

3. Les effets dans le temps des arrêts préjudiciels rendus en interprétation

¹⁶⁰ « Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». Avec le Traité de Lisbonne, cet article sera repris en substance à l'article 4, §3 du Traité sur l'Union européenne.

¹⁶¹ CJCE, Arrêt du 7 janvier 2004, *Wells*, Aff. C-201/02, *Rec.*, I, page 723, point 64.

¹⁶² CJCE, Arrêt du 21 juin 2007, *Jonkman, Vercheval et Permesaen*, Aff. jointes C-231/06 à C-233/06, *Rec.*, I, page 5149.

¹⁶³ Mais en aucun cas la Cour – ou toute autre institution communautaire - ne sera compétente pour intervenir à sa place. Question préjudicielle et recours en manquement sont parfois lancés en même temps afin d'accélérer la procédure. Voir par exemple, CJCE, Arrêts du 14 septembre 2006, *Commission/République hellénique*, Aff. C-82/05, *Rec.*, I, page 93 et *Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour Marinopoulos*, Aff. jointes C-158/04 et C-159/04, *Rec.*, I, page 8135. Il faut indiquer également qu'à l'occasion d'un recours en manquement ultérieur, il n'est pas interdit à la Cour de se départir de son arrêt rendu sur question préjudicielle. Ces cas sont toutefois très rares pour d'évidentes raisons de cohérence mais on peut citer l'arrêt *Royaume de Belgique/Royaume d'Espagne* (CJCE, Arrêt du 16 mai 2000, *Royaume de Belgique/Royaume d'Espagne*, Aff. C-388/95, *Rec.*, I, page 3123) ou la Cour renversa, dans le cadre de ce recours en manquement, sa jurisprudence rendue dans l'affaire dite *Rioja* (CJCE, Arrêt du 9 juin 1992, *Delhaize*, Aff. C-47/90, *Rec.*, I, page 3669), rendue sur question préjudicielle.

¹⁶⁴ CJCE, Arrêt du 28 septembre 1994, *Avdel Systems*, Aff. C-408/92, *Rec.*, I, p. 4435, points 16 et 17.

97. Effet rétroactif – Puisque l’arrêt exerce un effet « déclaratoire », il éclaire la portée de la règle telle qu’elle aurait du être comprise et donc, par principe, son effet remonte à la date d’entrée en vigueur de la règle interprétée.¹⁶⁵ Comme l’indique S. Van Raepenbusch, l’arrêt de la Cour de Justice rendu sur question préjudicielle vient « coïncider » avec la règle de droit elle-même¹⁶⁶. Il s’y incorpore totalement et dépasse le cadre du litige particulier auquel la procédure est attachée.

B. Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité

98. Sitôt que l’on s’intéresse aux arrêts rendus en appréciation de validité, deux cas de figure se dessinent. Il y a d’abord le cas où la Cour ne déclare pas l’acte communautaire invalide (1). Il y a ensuite le cas, qui appelle de plus importants développements, où la Cour conclut à l’invalidité de l’acte communautaire (2).

1. L’arrêt de non-constatation d’invalidité

99. Précaution – Dans ce cas de figure, la Cour juge classiquement qu’en « l’absence de tout autre vice susceptible d’être examiné d’office, il n’apparaît aucun élément de nature à affecter la validité des décisions dont il s’agit »¹⁶⁷. Un tel arrêt ne signifie donc pas que l’acte communautaire est en tout état de cause valide. Le juge se prononce uniquement sur les éléments d’illégalité soulevés dans la question préjudicielle.¹⁶⁸

100. Effet de l’arrêt de non-constatation d’invalidité – Puisque le juge communautaire statue uniquement sur les éléments d’illégalité avancés dans la question, les juridictions nationales demeurent libres de questionner de nouveau la Cour sur la validité du même acte. Il

¹⁶⁵ Le plus souvent la Cour énonce que « dans l’exercice de la compétence que lui confère l’article 234 CE, la Cour donne d’une règle du droit communautaire éclaircissement et précision, lorsque besoin en 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 (...). En d’autres termes, un arrêt préjudiciel a une valeur non pas constitutive, mais purement déclarative, avec la conséquence que ses effets remontent, en principe, à la date de l’entrée en vigueur de la règle interprétée ». CJCE, Arrêt du 12 février 2008, *Kempter*, Aff. C-2/06, non encore publié au Recueil, point 35.

¹⁶⁶ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l’Union et des Communautés européennes*, 2^{ème} Edition, Bruxelles, De Boeck, 1998, pages 440 et s.

¹⁶⁷ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, pages 442 et 443 et CJCE, Arrêt du 18 février 1964, « *Rotterdam* » et « *Puttershoek* », Aff. jointes 73 et 74-63, Rec., page 3.

¹⁶⁸ D’où l’importance pour le juge national – et à travers lui des parties au litige - de soulever l’ensemble des éléments qui pourraient lui permettre de contester la validité de la réglementation communautaire dont la validité est mise en doute. Voir CJCE, Arrêt du 20 octobre 1977, *SA Roquette Frères*, Aff. 29-77, Rec., page 1835.

faudra toutefois que la juridiction soulève des moyens nouveaux pour que la question soit jugée recevable.

2. L'arrêt concluant à l'invalidité

101. On peut de nouveau tracer une distinction entre les conséquences de l'arrêt envers la juridiction de renvoi et l'ensemble des juridictions nationales, d'une part (a) et envers les institutions communautaires, d'autre part (b).

a. Effet de l'arrêt envers les juridictions nationales

102. Effet « erga omnes » – Une fois que la Cour a conclu à l'invalidité d'un acte communautaire, il est interdit au juge de renvoi de continuer d'appliquer l'acte invalidé.¹⁶⁹ Mais cela n'est pas tout. Bien que l'arrêt soit uniquement adressé à la juridiction de renvoi, la Cour considère – pour des raisons touchant à l'application uniforme du droit communautaire et à la sécurité juridique – que l'ensemble des juridictions nationales doit cesser d'appliquer l'acte illégal¹⁷⁰. Le juge national demeure toutefois libre, s'il l'estime nécessaire, de reposer une question préjudicielle portant sur le même acte¹⁷¹.

103. L'effet « direct » de l'arrêt préjudiciel ? – De façon analogue avec la jurisprudence de la Cour en matière de question préjudicielle sur le statut transitoire d'une mesure nationale discriminatoire, la Cour admet que les avantages d'un acte communautaire discriminatoire et, le cas échéant, illégal, soient étendus à l'ensemble des personnes concernées.¹⁷²

¹⁶⁹ CJCE, Arrêt du 13 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation*, Aff. 66/80, *Rec.*, page 1191, point 12.

¹⁷⁰ *Ibidem*, point 18. « constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre ».

¹⁷¹ Bref, face à une question en validité déjà posée, comme face à une question en interprétation, la question préjudicielle devient dans tous les cas une simple possibilité et n'est plus jamais obligatoire. Tel pourrait être le cas « s'il subsistait des questions relatives aux motifs, à l'étendue et éventuellement aux conséquences de l'invalidité précédemment établie » *Ibidem*. T.C. HARTLEY, *op. cit.*, pages 395 et 396.

¹⁷² Toutefois, dans certains cas, la Cour admet qu'un règlement - dont un ou plusieurs articles ont été déclarés invalides - continue à sortir ses effets. Ainsi a-t-elle jugé dans l'arrêt *Lanschoot* que « lorsque la Cour constate qu'un règlement est discriminatoire (...), une déclaration d'invalidité pure et simple de la disposition en cause aurait pour résultat que, dans l'attente d'une nouvelle réglementation, toute exonération serait exclue. Dans un tel cas, [en] application par analogie de l'article 174, alinéa 2, du Traité [aujourd'hui 230 TCE], (...) il y a lieu de décider que, en attendant l'adoption, par le législateur communautaire, de mesures appropriées pour établir l'égalité des opérateurs, les autorités compétentes doivent continuer à appliquer l'exonération litigieuse, tout en étendant le bénéfice de celle-ci aux opérateurs qui font l'objet de la discrimination constatée » CJCE, Arrêt du 29 juin 1988, *Luc Van Landschoot contre NV Mera*, Aff. 300/86, *Rec.*, page 3443, point 25. De même la Cour avait conclu à l'invalidité de l'article 73, §2 du Règlement 1408/71¹⁷². Dans l'arrêt *Pinna II*, elle indique que

104. Effets sur le litige au principal – La juridiction de renvoi est tenue de tirer les conséquences découlant en droit national de l’invalidité de l’acte communautaire. Elle pourra ainsi être conduite à déclarer inapplicables les mesures nationales adoptées sur base de l’acte communautaire invalidé (par exemple des actes nationaux de mise en exécution d’un règlement invalidé)¹⁷³.

b. Effet de l’arrêt envers les institutions communautaires

105. Analogie partielle avec l’exception d’illégalité ? – L’acte invalidé n’est pas annulé. Comme dans le cadre de l’exception d’illégalité, son existence même au sein de l’ordre juridique communautaire n’est donc pas menacée.

106. Nuances – Contrairement à la situation qui prévaut dans le cadre de l’exception d’illégalité, la Cour a étendu les effets de l’arrêt constatant l’invalidité d’un acte communautaire. Par analogie avec l’article 233 TCE, la Cour a ainsi mis à charge des institutions communautaires une obligation de remédier à la situation créée par la déclaration d’invalidité,¹⁷⁴ et de prendre les mesures que comporte l’exécution de l’arrêt de la Cour, par analogie avec l’article 233 CE¹⁷⁵. Concrètement, l’obligation pesant sur les institutions

« leur impose non seulement d’adopter les mesures législatives ou administratives indispensables, mais aussi de réparer le préjudice qui a résulté de l’illégalité commise, sous réserve que les conditions de [l’article 288], à savoir l’existence d’une faute, d’un préjudice et d’un lien de causalité, soient remplies »¹⁷⁶.

107. On se trouve donc, *de facto*, dans une situation qui n’est pas sans rappeler celle découlant d’un arrêt d’annulation¹⁷⁷.

cette invalidité « entraîne la généralisation du système de versement des prestations familiales défini à l’article 73, paragraphe 1, du même règlement » CJCE, Arrêt du 15 janvier 1986, *Pietro Pinna I*, Aff. 41/84, *Rec.*, page 1.

¹⁷³ CJCE, Arrêt du 30 octobre 1975, *Rey Soda*, Aff. 23-75, *Rec.*, page 1279.

¹⁷⁴ CJCE, Arrêt du 19 octobre 1977, *SA Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson et Société coopérative Providence agricole de la Champagne*, Aff. jointes 124-76 et 20-77, *Rec.*, page 1795 : « L’illégalité ne saurait être effacée du seul fait que la cour, dans le cadre d’une procédure en vertu de l’article 177, prononcerait l’invalidité, en partie ou en totalité, de la disposition litigieuse; il y a lieu, par contre, de constater que la situation juridique créée par l’article 3 du règlement n°665/75, substituant à l’ancien texte un nouveau libelle de l’article 11 du règlement n°120/67, est incompatible avec le principe d’égalité et qu’il incombe aux institutions compétentes de la communauté de prendre les mesures nécessaires pour remédier à cette incompatibilité ».

¹⁷⁵ TPICE, Arrêt du 20 mai 1999, *H & R Ecroyd Holdings Ltd/Commission*, Aff. T-220/97, *Rec.*, II, page 1677.

¹⁷⁶ *Ibidem*, point 56

¹⁷⁷ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, page 443.

108. Analogies avec le recours en annulation ? – En vérité, la Cour souligne fréquemment les nombreuses correspondances entre les arrêts d'annulation et les arrêts rendus en appréciation de validité. Elle s'appuie souvent sur ces analogies pour étendre les principes dégagés dans le contentieux de l'annulation aux recours en appréciation de validité. Ainsi déclarait-elle, dans un arrêt *Providence agricole de la Champagne*, que

« l'application par analogie de l'article 174, deuxième alinéa du traité [aujourd'hui article 231 CE], selon lequel la Cour peut indiquer quels effets d'un règlement déclare nul doivent être considérés comme définitifs, s'impose pour les mêmes motifs de sécurité juridique que ceux qui sont à la base de cette disposition (...) Pour ces raisons, il y a lieu de reconnaître que l'invalidité constatée de la fixation des montants compensatoires monétaires, résultant du système de calcul de ces montants compensatoires sur les produits transformés à partir du maïs dans les règlements n°1910/76, 2466/76 et 938/77, ne permet pas de remettre en cause la perception ou le paiement des montants compensatoires monétaires effectués par les autorités nationales, sur la base de ces règlements, pour la période antérieure à la date du présent arrêt »¹⁷⁸.

§IV. LIMITATION *RATIONAE TEMPORIS* DES EFFETS DES ARRETS DE LA COUR

109. Position du problème – Tant le recours en annulation que la question préjudicielle ont en principe un effet rétroactif. Or, le principe de rétroactivité est bati en porte à faux avec les exigences de la sécurité juridique, puisqu'il peut conduire à la remise en cause de nombreuses relations juridiques nées de bonne foi sous l'empire (i) de l'acte communautaire déclaré nul ou invalide, ou (ii) de la mesure nationale déclarée incompatible avec le droit communautaire.

110. Pragmatique plus que dogmatique, le juge communautaire a cherché à tenir compte des exigences de la sécurité juridique. En ce qui concerne le recours en annulation – et par extension comme nous l'avons vu, la question préjudicielle en appréciation de validité – le juge applique pleinement l'article 231 TCE qui prévoit que la Cour peut « en ce qui concerne

¹⁷⁸ CJCE, Arrêt du 15 octobre 1980, "*Providence agricole de la Champagne*", Aff. 4/79, *Rec.*, page 2823, points 45 et 46. Voir également CJCE, Arrêt du 15 octobre 1980, *SARL Maïseries de Beauce*, Aff. 109/79, *Rec.* page 2883 ; CJCE, Arrêt du 15 octobre 1980, *SA Roquette Frères*, Affaire 145/79, *Rec.*, page 2917. Nous reviendrons plus en détails sur la question de la limitation dans le temps des arrêts *infra*.

les règlements, [indiquer], si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs » (A)¹⁷⁹.

111. En ce qui concerne la question préjudicielle en interprétation, ou le recours en manquement¹⁸⁰, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que le juge procède à la limitation dans le temps des effets de ses arrêts, sans référence à l'article 231 CE (B).

A. Limitation dans le temps en vertu de l'article 231 TCE

112. Une distinction doit être faite entre l'application *textuelle* de l'article 231(2) TCE dans le cadre du recours en annulation (1) et l'application *par analogie* faite par la Cour dans le cadre du recours en appréciation de validité (2).

1. La limitation des effets dans le temps dans le cadre du recours en annulation

113. **Principe** – Un arrêt d'annulation exerce en principe, comme nous l'avons vu, un effet *ex tunc*, c'est-à-dire rétroactif. Les parties doivent donc être replacées dans la situation qui prévalait avant l'entrée en vigueur de l'acte annulé.

114. **Exception de l'article 231(2) TCE** – A faire une application rigoureuse des principes d'effet *ex tunc*, on prendrait le risque de mettre en péril la continuité du service public européen¹⁸¹, et de défaire de nombreuses relations juridiques constituées de bonne foi. Ainsi s'explique que l'article 231(2) TCE permette à la Cour de moduler les effets des recours en annulation.

¹⁷⁹Nous aurons donc à nous interroger plus particulièrement à quelles conditions la Cour renonce à l'effet rétroactif de la déclaration de nullité d'un acte communautaire. La Cour a en effet été plus loin que la lettre du texte qui limite cette faculté de modulation aux seuls règlements. Elle applique en effet cette disposition, non seulement dans le cadre des recours portés contre des règlements, mais également à d'autres actes comme les directives ou certains actes du Parlement. Voir CJCE, Arrêt du 7 juillet 1992, *Parlement/Conseil*, Aff. C-295/90, *Rec.*, I, page 4193.

¹⁸⁰ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions européennes », *Rev. Dr. ULB*, 2002, page 145.

¹⁸¹ CJCE, Arrêt du 31 mars 1992, *Conseil/Parlement*, Aff. C-284/90, *Rec.*, I, page 2277. Cet arrêt concerne la limitation dans le temps de l'annulation de l'acte du Président du Parlement européen constatant l'arrêt du budget européen. CJCE, Arrêt du 5 juin 1973, *Commission/Conseil*, Aff. 81-72, *Rec.*, page 575, point 15.

115. Champ d'application de l'article 231(2) TCE – Le texte de l'article 231(2) TCE ne vise que les règlements. La Cour a cependant interprété le texte du Traité de façon souple afin d'étendre le jeu de l'article 231(2) TCE aux directives et aux décisions¹⁸².

116. Modalités de la modulation – La Cour jouit d'une très grande marge de manœuvre dans la modulation de ses arrêts, qu'il s'agisse de corriger les répercussions de l'arrêt dans le passé ou dans le futur¹⁸³. Schématiquement¹⁸⁴, on peut présenter trois grands types de modulations ouverts à la Cour dans le cadre de ce contentieux: soit elle permet la rétroactivité de son arrêt mais uniquement vis-à-vis du requérant, soit elle limite les effets de l'arrêt pour l'avenir, soit elle maintient les effets de l'acte jusqu'à l'adoption d'une mesure de remplacement¹⁸⁵.

117. Quelques exemples ne sont pas inutiles :

- *Eviction partielle de la rétroactivité (à l'exception du requérant)* – On ne trouvera pas d'exemple d'une telle pratique dans le cadre du recours en annulation mais bien, par contre, dans le cadre de l'appréciation en validité dont nous avons souligné les nombreuses analogies avec le dit recours¹⁸⁶.
- *Eviction totale de la rétroactivité* – La Cour a parfois décidé de maintenir l'ensemble des effets passés d'une décision annulée. Il s'agissait en l'occurrence de décisions relatives à la conclusion de l'accord sous forme de memorandum d'entente entre la Communauté économique européenne et les États-Unis d'Amérique concernant la passation de marchés publics. Il faut noter toutefois que l'accord en question avait expiré avant que la Cour ne rende son arrêt. La Cour va considérer que dans ce cas « d'importants motifs de sécurité juridique » imposait de maintenir l'ensemble des effets des décisions¹⁸⁷.
- *Maintien jusqu'à remplacement* – Lors de l'annulation de la directive « étudiants », la Cour a décidé que « l'annulation pure et simple de la directive relative au droit de séjour des étudiants

¹⁸² CJCE, Arrêt du 12 mai 1998, *Royaume-Uni/Commission*, Aff. C-106/96, *Rec.*, I, page 2729. On n'a pu dire que la Cour avait une fâcheuse tendance à instrumentaliser cette possibilité, derrière l'affichage de nobles objectifs, afin notamment de faire primer les intérêts financiers de la Communauté. D. SIMON cité par F. BERROD, *op. cit.*, page 654 et note 2177 et P. LE MIRE, « La limitation dans le temps des effets de la CJCE », in *Mélanges R. CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, page 378.

¹⁸³ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, page 497.

¹⁸⁴ P. LE MIRE, *op. cit.*, page 370.

¹⁸⁵ Elle a ainsi parfois décidé de maintenir en vigueur un acte communautaire jusqu'à ce que le Conseil produise une réglementation de remplacement. Voir Arrêt *Commission/Conseil*, préc. au point 15 énonce qu'« il y a lieu de faire application de l'article [231], alinéa 2, du Traité de façon que les articles annulés continuent de produire effet jusqu'au moment où le Conseil aura édicté, consécutivement au présent arrêt, un nouveau règlement ». En matière d'accords internationaux, une raison supplémentaire justifie le maintien de l'effet de la décision jusqu'à l'adoption d'une nouvelle mesure. En effet, « contenu d'accords internationaux ne saurait être modifié unilatéralement, sans que soient engagées de nouvelles négociations entre les parties contractantes ». Elle peut ainsi décider de maintenir, pour des raisons touchant à la sécurité juridique, de maintenir l'effet de certaines « mesures de mise en œuvre déjà prises par la Commission sur le fondement de la décision annulée ». Voir CJCE, Arrêt du 11 septembre 2003, *Commission/Conseil*, Aff. C-211/01, *Rec.*, I, page 8913. CJCE, Arrêt du 28 mai 1998, *Parlement/Conseil*, Aff. C-22/96, *Rec.*, I, page 3231.

¹⁸⁶ Par exemple, CJCE, Arrêt du 15 janvier 1986, *Pietro Pinna*, Aff. 41/84, *Rec.*, page 1.

¹⁸⁷ CJCE, Arrêt du 7 mars 1996, *Parlement/Conseil*, Aff. C-360/93, *Rec.*, I, page 1195.

serait de nature à porter préjudice à l'exercice d'un droit découlant du traité, à savoir le droit de séjour des étudiants en vue d'une formation professionnelle. De plus, le contenu normatif essentiel de la directive, dont le délai de mise en œuvre par les États membres est déjà venu à échéance, n'est mis en cause ni par les institutions ni par les États membres. Dans ces circonstances, d'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements, justifient que la Cour exerce le pouvoir que lui confère expressément l'article 174, deuxième alinéa, du traité en cas d'annulation d'un règlement et décide le maintien provisoire de l'ensemble des effets de la directive annulée jusqu'à son remplacement par une nouvelle directive adoptée sur la base juridique appropriée »¹⁸⁸.

2. La limitation des effets dans le temps dans le cadre du recours en appréciation de validité

118. Principe – Par analogie avec les dispositions du Traité relatives au recours en annulation, la Cour s'est arrogé le pouvoir de moduler les arrêts rendus en déclaration d'invalidité¹⁸⁹. Ainsi s'est-elle reconnue compétente pour en limiter dans le temps les effets¹⁹⁰.

119. Fronde jurisprudentielle – Une fois n'est pas coutume, les juridictions françaises se sont élevées contre l'évolution imprimée par la Cour en la matière¹⁹¹, arguant que celle-ci n'était pas compétente pour se prononcer sur les limitations temporelles à apporter aux effets des arrêts préjudiciels. Cette compétence revient au seul juge national, juge appelé à trancher l'affaire au fond. Pour contourner ces objections (sans toutefois y céder), la Cour va justifier¹⁹² sa compétence non plus par une application par analogie de l'article 231 CE, mais par la nécessaire cohérence entre les voies de recours prévues par le Traité¹⁹³. La Cour énonce ainsi au point 17 de son arrêt *Société de produits de Maïs* que

« la possibilité, pour la Cour, de limiter dans le temps les effets d'une déclaration d'invalidité d'un acte réglementaire, dans le cadre du recours préjudiciel prévu par l'alinéa 1, sous b), de

¹⁸⁸ CJCE, Arrêt du 7 juillet 1992, *Parlement/Conseil*, Aff. C-295/90, *Rec.*, I, page 4193. Voir aussi CJCE, Arrêt du 5 juillet 1995, *Parlement/Conseil*, Aff. C-21/94, *Rec.*, I, page 1827. Il faut, pour terminer citer le cas tout particulier du maintien en vigueur d'un règlement prévoyant un régime dérogatoire prévu sous un terme extinctif jugé illégal. En cas d'annulation, la Cour, si elle décide de maintenir les effets dudit règlement jusqu'à l'adoption d'un nouveau comme l'article 231 alinéa 2 lui permet, ces effets s'achèveront en tout cas à la « date à laquelle aurait expiré ledit régime dérogatoire » CJCE, Arrêt du 28 novembre 2006, *Parlement/Conseil*, Aff. C-414/04, *Rec.*, I, page 11279.

¹⁸⁹ Mais pas au recours en carence.

¹⁹⁰ CJCE, Arrêt du 15 octobre 1980, « *Providence agricole de la Champagne* », Aff. 4/79, *Rec.*, page 2823, CJCE, Arrêt du 15 octobre 1980, *Roquette Frères*, Aff. 145/79, *Rec.*, page 2917, CJCE, Arrêt du 15 octobre 1980, *Maiseries de Beauce*, Aff. 109/79, *Rec.*, page 2883

¹⁹¹ S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, pages 446 à 448.

¹⁹² CJCE, Arrêt du 27 février 1985, *Société des produits de maïs*, Aff. 112/83, *Rec.*, page 719.

¹⁹³ Dans l'arrêt *Landschoot*, préc., elle raisonne toutefois toujours en termes d'analogie en ce qui concerne le maintien de certains effets du règlement pour l'avenir.

l'article [234], est justifiée par l'interprétation de l'article [231] du Traité au regard de la nécessaire cohérence entre le renvoi préjudiciel et le recours en annulation (...) qui constituent deux modalités du contrôle de légalité organisé par le Traité. La faculté de limiter, dans le temps, les effets de l'invalidité d'un règlement communautaire (...) est une compétence réservée à la Cour par le Traité, dans l'intérêt de l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble de la communauté ».

120. Après une dernière phase de résistance, les juridictions nationales françaises finiront par appliquer la jurisprudence de la Cour.

121. Caractère exceptionnel – Pour obvier aux critiques doctrinales et légitimer une interprétation somme toute dynamique du Traité, la Cour reconnaît que la limitation dans le temps les effets d'un arrêt en appréciation de validité trouve uniquement à jouer dans des circonstances exceptionnelles. Ainsi juge-t-elle que seules des

« considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés, empêchent, en principe, de remettre en cause la perception des prestations familiales pour des périodes antérieures au prononcé du présent arrêt »¹⁹⁴.

B. Limitation dans le temps et silence du Traité

122. Malgré le silence du Traité, la Cour s'est reconnue la possibilité de limiter dans le temps l'effet de ses arrêts rendus sur question préjudicielle en interprétation (1). Cette jurisprudence sera ultérieurement étendue dans le cadre du recours en manquement (2).

1. Question préjudicielle en interprétation

123. L'arrêt Defrenne II – Dans son arrêt *Defrenne II*, la Cour de Justice a pour la première fois limité la portée d'un arrêt rendu sur question préjudicielle en interprétation¹⁹⁵. En l'espèce, la Cour était interrogée sur l'effet direct de l'article 141 du Traité CE (ancien

¹⁹⁴ CJCE, Arrêt du 15 janvier 1986, *Pinna*, Affaire 41/84, *Rec.*, page 1, point 26. Voir S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, page 448.

¹⁹⁵ CJCE, Arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne/ Sabena (dit Defrenne II)*, Aff. 43-75, *Rec.*, page 455. Sur cet arrêt, voir entre autres, L. IMBRECHTS, « L'égalité de rémunération entre hommes et femmes », *RTDE*, 1986, pages 231 à 242 ; A. KOHL, « Observations sur la "non-rétroactivité" de l'autorité de l'arrêt Defrenne prononcé de 8 avril 1976 par la Cour de justice des Communautés européennes », *RCJB*, 1977, pages 231 à 242 ; W. VAN GERVEN, « Contribution de l'arrêt Defrenne au développement du droit communautaire », *CDE*, 1977, pages 131 à 143 et O. STOCKER, « Le second arrêt Defrenne. L'égalité des rémunérations des travailleurs masculins et des travailleurs féminins », *CDE*, 1977, pages 180 à 226.

article 119), qui prévoit le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins.

124. Au cours de la procédure, les gouvernements Irlandais et du Royaume-Uni s'étaient émus du risque économique engendré par l'application du principe de rétroactivité, si l'article 141 TCE était reconnu d'effet direct. En vertu de l'application classique du principe d'effet rétroactif, l'effet direct de l'article 141 TCE aurait dû remonter rétroactivement au 1er janvier 1962¹⁹⁶. Or, une telle décision aurait pu conduire « dans de nombreuses branches de la vie économique, à des revendications remontant à la date à partir de laquelle cet effet se serait produit »¹⁹⁷. On pouvait dès lors craindre, pour un bon nombre d'opérateurs privés et d'entreprises, un risque pur et simple de mise en faillite, si des demandes rétroactives étaient introduites par les victimes des discriminations en cause.

125. Non sans réserves, l'arrêt de la Cour reconnaît la pertinence des arguments soulevés par l'Irlande et le Royaume-Uni. Certes, le juge communautaire souligne d'abord que l'application du droit ne peut normalement être infléchie par des considérations tenant aux conséquences de son application¹⁹⁸. Il reconnaît toutefois, « à titre exceptionnel » que de telles considérations peuvent être prise en compte¹⁹⁹.

126. Selon la Cour, deux éléments cumulatifs – dont la preuve incombe au requérant – sont requis pour être en présence de « circonstances exceptionnelles », justifiant une limitation dans le temps:

1. Un doute raisonnable, dans le passé, sur la portée du droit communautaire. Le « comportement de plusieurs parmi les Etats membres et des attitudes prises par la Commission [européenne] et portées itérativement à la connaissance des milieux concernés (...) [ont amené la Sabena], pendant une période prolongée, à maintenir des pratiques contraires à l'article [141], quoique non encore interdites par leur droit national »²⁰⁰. L'attitude prise par la Commission consiste notamment dans son défaut d'avoir introduit à l'encontre des Etats membres des recours en manquement, malgré plusieurs avertissements. Ceci a donné une « impression erronée quant aux effets de l'article [141] »²⁰¹.

¹⁹⁶ Et à 1973 pour les nouveaux adhérents de l'époque, à savoir le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande.

¹⁹⁷ Arrêt *Defrenne II*, préc., point 69 et s.

¹⁹⁸ Sur ce point, voir CJCE, Arrêt du 2 février 1988, *Blaizot*, Aff. 24/86, *Rec.*, page 379, points 28 et 30.

¹⁹⁹ Arrêt *Defrenne II*, préc., point 72.

²⁰⁰ *Ibidem*

²⁰¹ *Ibid.*, point 73. « Il appartient au requérant de démontrer « que, à l'époque de l'institution de la [législation] litigieuse, le droit communautaire pouvait raisonnablement être compris comme autorisant [celle-ci] ». Voir CJCE, Arrêt du 31 mars 1992, *Dansk Denkvit et Poulsen Trading*, Aff. C-200/90, *Rec.*, I, page 2217.

2. Un impact financier de grande ampleur. Des raisons touchant à des considérations impérieuses de sécurité²⁰² tenant à l'ensemble des intérêts tant privés que publics en jeu « empêchent en principe de remettre en cause les rémunérations pour des périodes passées »²⁰³. Il faut donc qu'un nombre particulièrement important de relations juridiques aient été constituées de bonne foi sur la base de la législation en vigueur²⁰⁴. Selon les termes de l'Avocat général Stix Hackl, il s'agit pour la Cour de « rechercher un équilibre entre, d'une part, le principe de l'interprétation correcte et constante du droit et, d'autre part, celui de la sécurité des relations juridiques établies de bonne foi, même sur la base d'une interprétation erronée »²⁰⁵.

127. Ces circonstances étant en l'espèce réunies, la Cour procède à la limitation dans le temps l'effet de son arrêt. L'effet direct de l'article 141 ne pourra pas être invoqué à l'appui de revendications relatives à des périodes de rémunération antérieure à la date du prononcé de l'arrêt, sauf « en ce qui concerne les travailleurs qui ont introduit antérieurement [à cette date] un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente »²⁰⁶.

128. Stabilité jurisprudentielle – La Cour veille scrupuleusement au respect des principes dégagés dans l'arrêt *Defrenne II*. A maintes reprises, elle a ainsi refusé d'appliquer la jurisprudence *Defrenne II*, lorsque l'Etat membre qui en faisait la demande se bornait à faire état des conséquences financières importantes de l'arrêt sur ses finances publiques²⁰⁷. Qui plus est, la Cour estime être la seule juridiction compétente pour limiter les effets dans le temps de ses arrêts, et ce uniquement dans l'arrêt qui statue sur l'interprétation sollicitée²⁰⁸. Ce principe s'accompagne de deux conséquences. Premièrement, la Cour s'estime incompétente pour limiter dans le temps l'effet d'un arrêt par un second arrêt qui lui serait ultérieur. Deuxièmement, au niveau national, ni la juridiction de renvoi ni l'Etat membre ne peuvent introduire une limitation spécifique aux effets d'un arrêt de la Cour. Comme nous le

²⁰² Par la suite, la Cour fera plus généralement référence à un « principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire »

²⁰³ *Ibid.*, point 74.

²⁰⁴ CJCE, Arrêt du 15 mars 2005, *Dany Bidar*, Aff. C-209/03, *Rec.*, I, page 2119, point 69.

²⁰⁵ Conclusions de l'Avocat général STIX-HACKL sous *Banca popolare di Cremona*, Aff. C-475/03, *Rec.*, I, page 9373, point 131.

²⁰⁶ Arrêt *Defrenne II*, préc., point 75.

²⁰⁷ Voir notamment l'Arrêt *Bidar*, préc., points 66 et s. Cette simple constatation n'est en effet pas une « circonstance exceptionnelle » au sens de l'arrêt *Defrenne II*. CJCE, Arrêt du 11 août 1995, *Rodens et autres*, Aff. jointes C-367/93 à C-377/93, *Rec.*, I, page 2229, point 48

²⁰⁸ Ce qui est encore une différence avec la situation qui prévaut en matière d'arrêt en appréciation de validité, comme nous le notions *supra*. La justification avancée par la Cour tient tout d'abord, à assurer « l'égalité de traitement des États membres et des autres justiciables face [au droit communautaire] et remplit par là même les exigences découlant du principe de sécurité juridique » CJCE, Arrêt du 6 mars 2007, *Meilicke*, Aff. C-292/04, *Rec.*, I, page 1835, points 32 et s. et les références citées au point 36.

verrons, cette question a été âprement débattue dans le cadre du recours en répétition de l'indu²⁰⁹.

129. Illustration – Les exemples de limitation dans le temps des effets d'un arrêt ne sont pas légion. S'il n'entre nullement dans nos intentions d'en faire un recensement exhaustif, nous souhaiterions dire quelques mots de l'arrêt *Legros*²¹⁰ dans lequel la Cour a accepté de limiter dans le temps les effets de son arrêt relatif à la taxe française d'« octroi de mer », perçue entre la métropole et ses Départements d'Outre-Mer (DOM) et reconnue taxe d'effet équivalant à un droit de douane interdite par le droit communautaire²¹¹. En l'espèce, le remboursement de l'ensemble des octrois mer perçus par le passé par les DOMs se serait accompagné de conséquences financières catastrophiques. Mais, plus fondamentalement, selon la Cour

« les particularités de l'octroi de mer et les spécificités des DOM français ont créé un état d'incertitude quant à la légitimité de cette taxe au regard du droit communautaire. Une telle incertitude se trouve d'ailleurs reflétée dans le comportement, vis-à-vis du problème de l'octroi de mer, des institutions communautaires »²¹².

130. Un élément particulièrement fondamental de l'arrêt tient donc, comme dans l'arrêt *Defrenne II*, à l'attitude ambiguë des institutions communautaires à l'égard de la situation nationale en cause. Cette ambiguïté a créé un état de doute sur la validité, au regard du droit communautaire, de la législation nationale. Et la Cour de citer, une fois de plus, l'attitude de la Commission européenne qui a omis de poursuivre le manquement qu'elle avait entamé contre la France. Bien plus, la Commission a soumis une proposition de directive visant au maintien de l'octroi de mer, à titre temporaire, en soulignant l'importance de cette taxe pour le soutien de l'économie locale²¹³. Pris ensemble, ces éléments ont raisonnablement conduit les autorités nationales à considérer que l'octroi de mer ne posait pas de problèmes de compatibilité avec le droit communautaire²¹⁴.

²⁰⁹ Voir *infra*.

²¹⁰ CJCE, Arrêt du 16 juillet 1992, *Legros*, Aff. C-163/90, *Rec.*, I, page 4625.

²¹¹ La France soulevait divers arguments à cet égard : l'incertitude juridique avait longtemps entouré l'application du droit communautaire dans les DOM notamment vis-à-vis de l'octroi de mer, les conséquences financières catastrophiques pour les DOM d'autant que la règle de prescription applicable en la matière étaient la règle de prescription trentenaire prévue par le Code Civil. Cette règle de prescription a été modifiée depuis (J.P. NEMERY DE BELLEVAUX, « Le point du remboursement d'impositions établies en violation du droit communautaire », *JDF*, 2003, page 136).

²¹² Arrêt *Legros*, préc., point 31.

²¹³ *Ibidem*, point 33

²¹⁴ *Ibid.*, point 34

2. Le recours en manquement

131. Principe – A notre connaissance, la Cour n’a jusqu’à présent jamais limité les effets dans les temps de ses arrêts en manquement²¹⁵. Toutefois, elle en a admis le principe, dans des conditions analogues à celles posées dans le domaine du contentieux préjudiciel en interprétation²¹⁶. Dans le cadre du recours en manquement sur manquement, la doctrine estime que la Cour pourrait parfaitement imposer le paiement à partir d’une date future²¹⁷.

SECTION II. LES EFFETS MEDIATS DES ARRÊTS DE LA COUR

132. Comme nous l’indiquons en introduction, à l’instar d’une décision administrative belge, un arrêt de la Cour de Justice entraîne certaines conséquences médiate (ou « répercussions »). En effet, bien que le droit à répétition de l’indu (§1), au réexamen d’une décision passée en force de chose jugée (§2) ou à la mise en cause de la responsabilité des institutions communautaires et des Etats membres (§3) découlent *immédiatement* des règles du Traité, un arrêt de la Cour de Justice constitue à cet égard, comme nous le verrons, un préalable bien souvent indispensable à l’affirmation, *médiate*, de ces droits par les justiciables.

§I. LA RÉPÉTITION DE L’INDU

A. Prolégomènes

133. Définition – La notion de répétition de l’indu n’est pas propre au droit communautaire. L’article 1376 du Code Civil belge prévoit ainsi que « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s’oblige à le restituer à celui de qui il l’a indûment reçu ».

²¹⁵ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, *op. cit.*, font la même constatation en 2002. A notre connaissance, la situation n’a pas évolué depuis lors.

²¹⁶ CJCE, Arrêt du 24 septembre 1998, *Commission/République française*, Aff. C-35/97, *Rec.*, I, page 5325, point 49.

²¹⁷ Voir S. VAN DER JEUGHT, « Double manquement – Les recours contre un Etat membre pour non-exécution d’un arrêt en manquement », *JTDE*, 2006, n°134, pages 289 et s.

Plus simplement, on pourrait la définir comme²¹⁸ la « réclamation de ce qui a été versé sans être dû »²¹⁹.

134. Caractère médiat de la répétition de l'indu – Si, en théorie, ce n'est pas un arrêt de la Cour qui ouvre droit à répétition de l'indu, mais les dispositions du droit communautaire en tant que telles²²⁰, dans la pratique, un arrêt de la Cour constatant une violation du droit communautaire est un préalable indispensable à sa mise en œuvre par les justiciables²²¹. On peut donc raisonnablement considérer que la répétition de l'indu relève des effets, médiats, des arrêts du juge communautaire.

135. Illustrations – Une taxe déclarée incompatible avec le droit communautaire²²², une aide d'état illégalement versée²²³, un minerval considéré contraire à la liberté de circulation des travailleurs²²⁴ ouvrent droit à répétition de l'indu devant les juridictions nationales.

136. Un éminent représentant de la doctrine a synthétisé les trois types de situations dans lesquelles la répétition de l'indu trouvait à s'exercer²²⁵ :

²¹⁸ J.P. NEMERY DE BELLEVAUX, « Le point de remboursement d'impositions établies en violation du droit communautaire », *JDF*, 2003, page 130.

²¹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 8^{ème} édition, Paris, puf, 2007, v° Répétition de l'indu.

²²⁰ La répétition de l'indu est une conséquence intrinsèque de la primauté du droit communautaire. En ce qui concerne un arrêt en manquement, ce droit est ouvert immédiatement. La question est plus délicate concernant les arrêts sur questions préjudicielles puisque ceux-ci peuvent laisser le soin au juge national une marge de manœuvre comme nous l'avons vu. J.P. NEMERY DE BELLEVAUX, « Le point du remboursement d'impositions établies en violation du droit communautaire », *JDF*, 2003, page 131.

²²¹ Autrement dit, même si la violation du droit est objective, il est bien souvent nécessaire qu'un arrêt de la Cour de Justice vienne appliquer les règles du Traité à un cas particulier pour que celui-ci soit effectivement mis en œuvre.

²²² Sur questions préjudicielles, les exemples sont nombreux. L'exemple le plus frappant et qui a donné lieu à un lourd contentieux entre la France et la Communauté est certainement l'arrêt *Legros* (CJCE, Arrêt du 16 juillet 1992, *Léopold Legros et autres*, C-163/90, *Rec.*, I, page 4625) sur les octrois de mer. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que « l'octroi de mer appliqué dans les départements français d'outre-mer et dont le régime est celui d'une taxe proportionnelle à la valeur en douane des biens perçue par un État membre sur les marchandises importées d'un autre État membre en raison de leur introduction dans une région du territoire du premier État membre constitue une taxe d'effet équivalent à un droit de douane à l'importation, interdite par les articles 9, 12 et 13 du traité, en dépit du fait qu'il frappe également les marchandises introduites dans cette région en provenance d'une autre partie de ce même État ». Nous renvoyons aux nombreux commentaires de cet arrêt et, notamment, à D. SIMON ; J.-F. MASSELOT, « La réforme de l'octroi de mer : côté cour, côté chambres », *Europe*, 1993, Février, Chron. n° 2, pages 1 à 4, A. ARNULL, « The Evolution of the Court's Jurisdiction under Article 177 EEC », *European Law Review*, 1993 pages 129 à 137 et D. PERROT « A propos de l'arrêt Legros », *Revue du Marché Commun*, 1993, pages 427 à 435.

²²³ Nous n'aborderons pas ici le cas spécifique des aides d'état qui concerne la récupération d'une aide déclarée incompatible avec les articles 87 et suivants du Traité CE versée par l'Etat pour nous concentrer sur les cas concernant la restitution aux justiciables de sommes indûment versées par eux. Pour une illustration récente, CJCE, arrêt du 12 février 2008, *CELF c. SIDE*, C-199/06, non encore publié au Recueil.

²²⁴ CJCE, Arrêt du 2 février 198, *Bruno Barra*, Aff. 309/85, *Rec.*, page 355.

- Le remboursement d'une somme perçue par les Etats membres en vertu d'un acte national contraire au droit communautaire ;
- Le remboursement de montants perçus par les autorités nationales agissant pour le compte de la Communauté en vertu d'une disposition communautaire dont l'invalidité a été constatée ; et
- Les demandes de récupération de sommes octroyées par les autorités étatiques en application erronée du droit communautaire.

B. Les principes de la répétition de l'indu

137. Principe – En vertu de la primauté du droit communautaire naît, dans le chef des justiciables, un droit au remboursement de taxes exposées en vertu d'une mesure nationale contraire au droit communautaire²²⁶. La répétition de l'indu ouvre au justiciable le droit de demander le remboursement des montants indus avec effet rétroactif. L'effet rétroactif remonte jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la mesure nationale contraire au droit communautaire (sauf si la Cour de Justice a limité l'effet dans le temps l'effet de son arrêt)²²⁷.

138. Si l'on prend l'exemple de l'arrêt *Ariete*, relatif à une taxe d'effet équivalant à un droit de douane, jugée illégale en 1980, la Cour y indique que

« selon une jurisprudence constante de la Cour, l'interdiction de percevoir les taxes d'effet équivalant à des droits de douane (...) trouve son origine dans la règle générale exprimée à l'article 13 du traité, avec effet au 1 janvier 1970, au terme de la période transitoire »²²⁸.

Qui plus est, puisque la taxe en cause dans cet arrêt était également visée par une règle particulière, l'article 12 du règlement n° 13/64²²⁹, la Cour a fait remonter l'effet rétroactif non pas au premier janvier 1970 mais, pour les produits visés par le règlement, au 1 novembre 1964 !

139. Dérogations et limitations – Conceptuellement proche du manquement, que l'Etat doit éliminer sans opposer « aucun obstacle à l'adoption de mesures propres à éliminer du

²²⁵ A. BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Communauté européenne », *CDE*, 1981, p. 507.

²²⁶ CJCE, Arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Aff. 6/64, *Rec.*, page 1141.

²²⁷ CJCE, Arrêt du 6 juillet 1995, *Soupergaz*, Aff. C-62/93, *Rec.*, I, page 1883. Bien entendu, en tout état de cause, cette possibilité est également rétroactivement limitée à la date de pleine entrée en vigueur de la prohibition portée par le droit communautaire et pendant toute la durée de sa validité CJCE, Arrêt du 9 mars 197, *Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, page 629.

²²⁸ CJCE, Arrêt du 10 juillet 1980, *Ariete*, Aff. 811/79, *Rec.*, page 2545, Point 5.

²²⁹ Règlement n° 13/64/CEE du Conseil, du 5 février 1964, portant établissement graduel d'une organisation commune des marchés dans le secteur du lait et des produits laitiers, *JO* 34 du 27 février 1964, p. 549 à 561.

manquement constaté »²³⁰, on aurait pu s'attendre à ce que l'obligation de remboursement pesant sur l'Etat soit absolue. La Cour a pourtant toléré, au gré de sa jurisprudence, de nombreuses limitations à l'obligation de répétition de l'indu.

140. Enrichissement sans cause – Dans un arrêt *Hans Just*,²³¹ l'entreprise du même nom, une société danoise active dans l'importation et la production de boissons spiritueuses, demandait au Ministère danois des impôts et accises de lui rembourser les taxes perçues au titre d'un système de taxation différentielle en matière d'eau-de-vie jugé contraire à l'article 90 TCE (ancien article 95 TCE).

141. Soit mais voilà: de façon astucieuse, l'Etat danois prétendait qu'Hans Just avait répercuté sur ses clients le montant des taxes payées, en élevant son prix de vente. Hans Just n'avait donc supporté aucun coût supplémentaire. Lui rembourser le montant des taxes équivaldrait à lui faire un « double paiement », à l'enrichir sans cause²³².

142. Dans son arrêt, la Cour épouse l'argumentation du gouvernement danois et apporte ce faisant une sérieuse limitation au droit à répétition de l'indu. Le juge communautaire dispose 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 droit. Rien ne s'oppose donc, du point de vue du droit communautaire, à ce que les juridictions nationales tiennent compte, conformément à leur droit national, du fait que des taxes indûment perçues ont pu être incorporées dans les prix de l'entreprise redevable de la taxe et répercutées sur les acheteurs »²³³. Cette jurisprudence sera confirmée à de très nombreuses reprises²³⁴ malgré qu'elle ait été vivement critiquée par la doctrine²³⁵.

²³⁰ CJCE, Ordonnance du 28 mars 1980, *Commission/République française*, Aff. jointes 24 et 97/80 R, *Rec.*, page 1319.

²³¹ *Précité*.

²³² Observations de M. WAELBROECK sous l'arrêt *San Giorgio*, *CDE*, 1985, p.37. Cette règle particulière relative à la répercussion de la taxe découlait d'une jurisprudence danoise du *Hojesteret* datant de 1952. *Hans Just* faisait valoir que le droit danois, de la sorte, mettait à mal le principe même de l'effet direct des dispositions du droit communautaire et qu'il convenait donc d'écarter la possibilité pour les juridictions danoises de tenir compte de la répercussion de la taxe. Au contraire, *Hans Just* soutenait qu'il convenait de reconnaître un droit pur et simple à la répétition.

²³³ Arrêt *Hans Just*, *préc.*, point 26.

²³⁴ Par exemple, rien que pour l'année 1980, voyez CJCE, Arrêt du 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, Aff. 61/79, *Rec.*, page 1205, point 26 ; CJCE, Arrêt du 12 juin 1980, *Dairy Foods*, Aff. 130/79, *Rec.*, page 1887, point 13 ; CJCE, Arrêt du 10 juillet 1980, *MIRECO*, Aff. 826/79, *Rec.*, page 2559, point 14.

²³⁵ F. HUBEAU, « La répétition de l'Indu en droit communautaire », *CDE*, 1981, pages 449 et s.

143. Instrumentalisation – Quelques Etats membres, au premier rang desquels l'Italie,²³⁶ se sont appuyés sur la jurisprudence *Hans Just* pour vider de tout effet le principe même du remboursement. Plusieurs arrêts illustrent bien les tentatives d'instrumentalisation de la question de la répercussion par les législateurs nationaux²³⁷.

144. Ainsi, dans l'affaire *San Giorgio*²³⁸, la Cour précise que la législation italienne ne peut prévoir une règle de preuve selon laquelle il revient à la société exigeant la répétition de l'indu de démontrer, et ce uniquement au moyen de documents écrits, que la charge n'a pas été répercutée, de quelque manière que ce soit, sur d'autres personnes²³⁹.

145. Dans le même ordre d'idées, le fait que le marché sur lequel la société demandant la répétition de l'indu est active soit réglementé ou monopolistique – l'entreprise ayant dans ce cadre une incitation, du fait de l'absence de concurrence sur le marché, à entièrement répercuter le coût de la taxe sur ses acheteurs captifs –²⁴⁰ ne permet nullement de présumer que la société a répercuté les sommes sur ses acheteurs²⁴¹.

146. Plus généralement, si la répercussion de la taxe peut certes être prise en compte par le juge national, elle doit cependant être démontrée au cas par cas sans pouvoir être présumée, à titre de principe²⁴².

147. Complexification – Un arrêt *Comateb* est venu préciser et ce faisant complexifier, la jurisprudence relative à la notion de répercussion²⁴³. L'affaire qui nous intéresse ici est l'une des conséquences de l'arrêt *Legros*, dans lequel la Cour a jugé les taxes françaises d'octroi de mer incompatibles avec le Traité²⁴⁴. Au lendemain de l'arrêt *Legros*, de nombreuses entreprises agissent en restitution de l'indu devant les juridictions françaises. Les sommes en

²³⁶ Ce qui culminera avec la condamnation en manquement de cet Etat notamment à cause de la jurisprudence restrictive de sa Cour de Cassation en matière de restitution d'impôts perçus en violation du droit communautaire. CJCE, Arrêt du 9 décembre 2003, *Commission/République italienne*, Aff. C-129/00, *Rec.*, I, page 14637.

²³⁷ Pour un arrêt récent, CJCE, Arrêt du 9 décembre 2003, *Commission/Italie*, Aff. C-129/00, *Rec.*, I, page 14637.

²³⁸ CJCE, Arrêt du 9 novembre 1983, *San Giorgio*, Aff. 199/82, *Rec.*, page 3595.

²³⁹ Il s'agissait donc d'apporter la preuve par écrit d'un fait négatif - la non répercussion - ce qui la rendait de fait pratiquement impossible et permettait aux juridictions italiennes de systématiquement écarter la répétition de l'indu. Une affaire similaire concernant la France: CJCE, arrêt du 25 février 1988, *Bianco et Girard*, Aff. Jointes 331, 376 et 378/85, *Rec.*, 1099 avec facteur aggravant de rétroactivité de la loi.

²⁴⁰ Ou que la taxe en cause soit indirecte et donc en principe supportée par le consommateur final.

²⁴¹ Arrêt *Bianco et Girard*, préc.

²⁴² Arrêt *San Giorgio*, préc., point 15. Egalement CJCE, Arrêt du 21 septembre 2000, *Kapniki*, Aff. Jointes C-441/98 et C-442/98, *Rec.*, I, page 7145.

²⁴³ CJCE, Arrêt du 14 janvier 1997, *Société Comateb et al.*, Aff. jointes C-192/95 à C-218/95, *Rec.*, I, page 165.

²⁴⁴ Voir *supra*.

cause sont colossales et les conséquences pour les DOMs français sont particulièrement lourdes.

148. Devant la Cour, les discussions concernent l'article 352 bis du Code des Douanes français, qui prévoit que « lorsqu'une personne a indûment acquitté des droits et taxes nationaux recouverts 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 ». De prime abord, la législation semble simplement codifier la jurisprudence *Hans Just*. Pourtant, selon la société Comateb, la combinaison de cet article et le fait que les sociétés seraient légalement obligées de répercuter une augmentation de taxe dans leur prix, aboutiraient à une impossibilité absolue d'obtenir restitution des sommes indûment versées. Le gouvernement français conteste, bien évidemment, ces prétentions. Il n'y a, en droit français, aucune obligation légale d'incorporation: toute société reste libre de répercuter le coût autrement qu'en le transférant sur le consommateur, en réduisant sa marge bénéficiaire, par exemple.

149. La Cour rappelle d'abord, de façon pédagogique, sa jurisprudence: « l'État membre est tenu (...) de rembourser les taxes perçues en violation du droit communautaire »²⁴⁵. A cet égard, la prise en compte de la répercussion est une *exception* à ce principe. Partant, elle doit être interprétée de manière stricte. Dès lors, « il incombe aux juridictions nationales d'apprécier, à la lumière des circonstances de chaque espèce, si la charge de la taxe a été transférée, en tout ou en partie, par l'opérateur sur d'autres personnes et si, le cas échéant, le remboursement de l'opérateur constituait un enrichissement sans cause »²⁴⁶. La répercussion ne peut donc pas être présumée par la loi ou par une pratique administrative nationale²⁴⁷. Elle est au contraire une question de fait à vérifier au cas par cas²⁴⁸. Ainsi, « un État membre ne peut s'opposer au remboursement à l'opérateur d'une taxe perçue en violation du droit communautaire que lorsqu'il est établi que la totalité de la charge de la taxe a été supportée par une personne autre que l'opérateur et que le remboursement de ce dernier entraînerait, pour lui, un enrichissement sans cause »²⁴⁹.

²⁴⁵ Arrêt *Comateb*, préc., point 20.

²⁴⁶ Arrêt *Comateb*, préc., point 23.

²⁴⁷ Que la présomption soit irréfragable ou réfragable. CJCE, Arrêt du 2 octobre 2003, *Weber's Wine World*, Aff. C-147/01, *Rec.*, I, page 11365, point 114 à 116 ; CJCE, Arrêt du 9 février 1999, *Dilexport Srl*, Aff. C-343/96, *Rec.*, I, page 579, point 52 et CJCE, Arrêt du 21 septembre 2000, *IKA*, Aff. Jointes C-441/98 et C-442/98, *Rec.*, I, page 7145.

²⁴⁸ Arrêt *Weber's Wine World*, préc.

²⁴⁹ Autrement dit, la Cour impose la réunion de deux conditions cumulatives afin d'écarter la répétition de l'indu : la preuve (i) de la répercussion et (ii) d'un enrichissement sans cause. Arrêt *Comateb*, préc., point 27.

150. A ces considérations, résolument simples, s'ajoutent toutefois des éléments plus problématiques. Selon la Cour

« si l'acheteur final est en mesure d'obtenir le remboursement, par l'opérateur, du montant de la taxe qui a été répercuté sur lui, cet opérateur doit, à son tour, être en mesure d'en obtenir le remboursement par les autorités nationales. En revanche, si l'acheteur final peut obtenir, directement auprès des autorités nationales, la restitution du montant de la taxe induite dont il a supporté la charge, la question du remboursement de l'opérateur ne se pose pas en tant que telle »²⁵⁰.

151. Ce que prévoit ici la Cour, c'est une exception à l'exception : la répétition de l'indu (principe) ne peut avoir lieu en cas de répercussion (exception) sauf si la personne sur laquelle cette répercussion a eu lieu a obtenu elle-même le remboursement de celle-ci auprès de l'opérateur (sous-exception). En dehors de sa complexité formelle, on comprend bien qu'une telle règle est susceptible de conduire les cours et tribunaux à de véritables calculs d'apothicaires. Au cas par cas, il faut en effet vérifier dans quelle ampleur les répercussions ont lieu²⁵¹. Sans compter que, à supposer que la répercussion ait été totale, la société peut avoir subi un manque à gagner du fait de l'incorporation de la taxe dans son prix de vente du montant de la taxe (réduction du volume des ventes). En pareille hypothèse, « si les normes de droit interne permettent à l'opérateur, dans le cadre du litige au principal, de faire valoir un tel préjudice, il appartient au juge national d'en tirer les conséquences »²⁵².

152. Enfin, la responsabilité de l'Etat membre peut encore être engagée par l'entreprise (dans les conditions des arrêts *Brasserie du Pêcheur et Factortame* sur lesquels nous revenons *infra*), pour obtenir la réparation des préjudices occasionnés par la perception de la taxe induite (et ce indépendamment de la question de sa répétition)²⁵³.

153. **Conclusion provisoire** – La jurisprudence de la Cour s'accompagne de deux conséquences néfastes. D'abord elle fait peser de lourdes contraintes sur l'office du juge

²⁵⁰ Arrêt *Comateb*, préc., point 24.

²⁵¹ Conclusion de l'Avocat général MANCINI sous l'arrêt *San Giorgio*, préc., point 7. A cet égard, on ne peut manquer de citer l'Avocat général Mancini, qui, dans ses conclusions à l'affaire *San Giorgio* indiquait que, selon lui, « [i]l est absurde de penser, dans un système où l'action de groupe est méconnue, qu'une masse de consommateurs puisse poursuivre l'État en justice en vue d'obtenir le remboursement de sommes minimales »

²⁵² En effet, une augmentation du prix du produit entraîne corrélativement, selon le niveau d'élasticité-prix de la demande sur le marché, une réduction du volume des ventes pouvant entraîner un manque à gagner pour l'entreprise donc un préjudice. Arrêt *Comateb*, préc., point 33. CJCE, Arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, Aff. Jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, I, page 1029.

²⁵³ Arrêt *Comateb*, préc., point 34.

national, désormais chargé de résoudre des équations comptables. Ensuite, elle entraîne une fragmentation du litige. Le lancement de plusieurs procédures parallèles est, rappelons-le, nécessaire pour obtenir le remboursement d'une taxe illégale. Or, il y a fort à parier que l'ingénierie juridique et les coûts que représentent de telles procédures pourraient dissuader les plaideurs les plus chevronnés d'agir en répétition. En vérité, avec ce type de procédures, le seul enrichissement sans cause à craindre est celui de l'Etat membre.

C. Les modalités (ou l'exécution) de la répétition de l'indu

154. Position du problème – Dès un arrêt de 1976, la Cour de Justice indique que les conditions de restitution éventuelle d'une taxe indûment perçue relèvent du droit national²⁵⁴. Autrement dit, à moins que le droit communautaire soit intervenu explicitement pour régler les conditions de la procédure de restitution, le droit national s'applique²⁵⁵.

155. La situation est, on en convient volontiers, peu satisfaisante. Comme le souligne bien la Cour dans ses arrêts, il y a là non seulement une situation entraînant des distorsions de concurrence entre les Etats membres, mais encore « l'absence regrettable de dispositions communautaires d'harmonisation des procédures et des délais (...) entraîne des différences de traitement à l'échelle de la Communauté »²⁵⁶.

156. De toute évidence, la Cour estime qu'il ne lui revient pas « d'édicter les règles générales de fond et de modalités procédurales que les institutions compétentes peuvent seules adopter »²⁵⁷. Le refus du juge de s'engager sur le terrain d'une harmonisation prétorienne est pourtant tout relatif. Pour palier toutefois à l'absence d'harmonisation, la Cour a en effet développé une jurisprudence, dans la foulée de son arrêt *Rewe*²⁵⁸ et *Comet*²⁵⁹, qui

²⁵⁴ Dans son arrêt *Roquette*, relatif à la restitution de montants compensatoires litigieux, elle note ainsi « que les litiges relatifs à la restitution de montants perçus pour compte de la communauté relèvent, des lors, de la compétence des juridictions internes et doivent être tranchés par celles-ci en application de leur droit national, dans la mesure où le droit communautaire n'a pas disposé de la matière » CJCE, Arrêt du 21 mai 1976, *Société Roquette frères*, Aff. 26-74, *Rec.*, page 677, point 11. Voir également CJCE, Arrêt du 5 octobre 1988, *Roma Padovani*, Aff. 210/87, *Rec.*, I, page 6177.

²⁵⁵ CJCE, Arrêt du 6 octobre 2005, *MyTravel*, Aff. C-291/03, *Rec.*, I, page 8477, point 17.

²⁵⁶ CJCE, Arrêt du 10 juillet 1980, *Ariete*, Aff. 811/79, *Rec.*, page 2545, point 16.

²⁵⁷ Arrêt *Dairy Foods*, préc.

²⁵⁸ CJCE, Arrêt du 16 décembre 1976, *Rewe*, Aff. 33-76, *Rec.*, page 1989.

²⁵⁹ CJCE, Arrêt du 16 décembre 1976, *Comet*, Aff. 45-76, *Rec.*, page 2043.

tend à encadrer les conditions nationales de la restitution²⁶⁰. Ainsi, dans un considérant de principe, la Cour dispose-t-elle que

« [les] modalités [de la restitution] ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et qu'en aucun cas ces modalités ne sauraient être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder »²⁶¹.

157. Ces deux principes, connus sous le nom de principes d'équivalence (1) et d'effectivité (2), limitent la liberté des Etats membres lorsqu'il est question de la restitution de l'indu.

1. Le principe d'équivalence

158. Définition – Le principe d'équivalence signifie que les modalités de l'action en restitution pour violation du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des actions similaires de nature interne²⁶².

159. « Equivalence » ? – La notion d'équivalence comporte son lot de problèmes. La Cour a eu l'occasion d'en préciser le contenu dans un arrêt *Edis*²⁶³. Selon le juge communautaire, il y a équivalence lorsqu'une procédure « s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne, s'agissant d'un même type de taxes ou redevances ».

160. Mais, selon la Cour, l'équivalence ne « saurait [...] être interprétée comme obligeant un État membre à étendre à l'ensemble des actions en restitution de taxes ou redevances perçues en violation du droit communautaire son régime de répétition interne le plus favorable »²⁶⁴. Rien n'empêche donc un Etat de prévoir des modalités particulières de réclamation et de recours peu favorables, sous réserve qu'elles ne s'appliquent pas uniquement aux seules actions en remboursement fondées sur le droit communautaire²⁶⁵.

²⁶⁰ CJCE, Arrêt du 6 mai 1982, *Firma Wilhelm*, Aff. 54/81, *Rec.*, page 1449, point 6.

²⁶¹ CJCE, Arrêt du 5 mars 1980, *Ferwerda*, Aff. 265/78, *Rec.*, page 617.

²⁶² Par exemple, la loi nationale ne peut prévoir des conditions plus avantageuses lorsque l'action en répétition de l'indu de la taxe est fondée sur une déclaration d'inconstitutionnalité par une Cour nationale plutôt que sa contrariété au droit communautaire en vertu d'un arrêt de la CJCE. CJCE, Arrêt du 2 octobre 2003, *Weber's Wine World*, Aff. C-147/01, *Rec.*, I, page 11365, point 107.

²⁶³ CJCE, Arrêt du 15 septembre 1998, *Edis*, Aff. C-231/96, *Rec.*, I, page 4951.

²⁶⁴ Arrêt *Edis*, préc., point 36.

²⁶⁵ Dans son arrêt *Dilexport*, la Cour semble même aller un pas plus loin, en relâchant un peu plus le critère de comparaison, en admettant que « le délai de prescription de trois ans, qui vise l'ensemble des actions en

161. Flottement jurisprudentiel – Un arrêt *Weber's Wine World* a toutefois introduit une certaine confusion dans les principes, jusqu'à présent clairs, d'interprétation de l'équivalence²⁶⁶. Une législation autrichienne soumettait certaines procédures en répétition de l'indu à des conditions procédurales moins favorables que le régime général. De prime abord, rien ne permettait d'établir que la loi s'intéressait aux procédures issues de la condamnation de l'Autriche dans l'arrêt *EKW*, relatif à une taxe sur les boissons alcoolisées²⁶⁷. Pourtant, à l'examen des travaux préparatoires de la loi autrichienne, il apparaissait que les conclusions de l'avocat général Saggio et l'arrêt *EKW* de la Cour avaient été au cœur des débats parlementaires. En cause, les conséquences désastreuses pour les finances des communes autrichiennes qu'aurait un jugement de la Cour déclarant la taxe sur les boissons incompatible avec le droit communautaire²⁶⁸.

162. Nonobstant cette constatation, la Cour de Justice est conduite à juger que le fait qu'une loi restreignant la portée de l'action en répétition de l'indu ait été en partie *motivée* par l'adoption d'un arrêt par la Cour ne suffit pas à affecter sa légalité au titre du principe d'équivalence. Proposant une distinction finalement peu convaincante, la Cour indique que la loi doit *viser spécifiquement* les procédures issues du droit communautaire²⁶⁹ pour enfreindre le principe d'équivalence. Nul doute que les Etats membres les plus astucieux ne manqueront pas d'exploiter les interstices de cette jurisprudence²⁷⁰.

2. Le principe d'effectivité

163. Définition – En vertu du principe d'effectivité, sont incompatibles avec le droit communautaire toutes les procédures nationales rendant « pratiquement impossible »

remboursement des sommes payées en relation avec des opérations douanières, est identique à celui qui s'applique, selon la législation italienne, aux actions en remboursement de nombreuses impositions indirectes, dont l'objet peut être considéré, *sinon comme identique, du moins comme étroitement comparable* à celui des actions en cause dans le litige au principal ». CJCE, Arrêt du 9 février 1999, *Dilexport Srl*, Aff. C-343/96, *Rec.*, I, page 579, point 31.

²⁶⁶ CJCE, Arrêt du 2 octobre 2003, *Weber's Wine World*, Aff. C-147/01, *Rec.*, I, page 11365.

²⁶⁷ CJCE, Arrêt du 9 mars 2000, *EKW*, Aff. C-437/97, *Rec.*, I, page 1157.

²⁶⁸ Arrêt *Weber's Wine World*, préc., points 89 et 90.

²⁶⁹ CJCE, Arrêt du 29 juin 1988, *Deville*, Aff. 240/87, *Rec.*, page 3513. Voyez également, *infra*, les explications autour de l'arrêt *Barra*, préc.

²⁷⁰ Arrêt *Weber's Wine World*, préc., point 92.

l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire²⁷¹. Dès lors, si, comme nous l'avons vu, il n'est pas requis par le principe d'équivalence, que l'action « communautaire » soit alignée sur celle prévue pour la procédure « interne » la plus favorable, il faut tout de même que le requérant soit en mesure de faire valoir son droit à répétition.

164. Les délais – Les problèmes se cristallisent autour de la question des délais ouverts par le droit national pour agir en répétition de l'indu²⁷². Livrée au plus grand désordre, la matière est le royaume de la casuistique²⁷³.

165. En principe, rien n'interdit à un Etat de prévoir de manière générale certains délais de forclusion pour les recours en répétition de l'indu²⁷⁴. A cet égard, le fait que la Cour n'ait pas limité l'effet dans le temps de son arrêt n'interdit pas d'opposer aux justiciables un délai de forclusion prévu par le droit national (sous réserve de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité).

166. A cet égard, la Cour a jugé qu'un délai de prescription de 5 ans était « raisonnable »²⁷⁵. De même, a-t-elle jugé qu'un délai de forclusion de trois ans pour les actions en répétition de l'indu à compter du jour du paiement²⁷⁶, était « acceptable ». Qui plus est, un délai de trois ans est acceptable même si la législation exclut toute possibilité de prorogation pour cause de

²⁷¹ Ainsi, par exemple, une législation qui prive avec effet rétroactif les justiciables de toute possibilité d'exercer un droit dont ils disposaient antérieurement, portant sur le remboursement de sommes versées par eux au titre de la TVA en violation de dispositions de la sixième directive ayant un effet direct, doit être considérée comme incompatible avec le principe d'effectivité. CJCE, Arrêt du 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, Aff. C-62/00, *Rec.*, I, page 6325.

²⁷² Nous renvoyons également au point précédent concernant les conditions de preuve de la répercussion où la Cour a toujours refusé d'admettre les lois nationales présumant celle-ci ou faisant porter le fardeau de la preuve entièrement sur l'entreprise demanderesse à l'action en répétition de l'indu.

²⁷³ Ne respecte par exemple pas un tel principe une obligation posée en vertu du droit national selon laquelle un remboursement ne peut avoir lieu que si la somme avait été versée « sous toutes réserves ». CJCE, Arrêt du 8 février 1996, *FMC*, C-212/94, *Rec.*, I, page 389.

²⁷⁴ « La fixation de délais de recours raisonnables à peine de forclusion, qui constitue l'application du principe fondamental de sécurité juridique, 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 » CJCE, Arrêt du 17 juillet 1997, *Texaco/Havn*, Aff. jointes C-114/95 et C-115/95, *Rec.*, I, page 4263, point 46. Afin d'atteindre cet objectif, ce délai doit être fixé à l'avance. Sur ce point, *supra* Arrêt *Marks et Spencer*, préc.

²⁷⁵ CJCE, Arrêt du 17 juillet, *Haahr Petroleum*, Aff. C-90/94, *Rec.*, I, page 4085.

²⁷⁶ CJCE, Arrêt du 15 septembre 1998, *Spac*, Aff. C-260/96, *Rec.*, I, page 4997. Voyez également Arrêt *Riccardo Prisco et CASER*, préc.

force majeure²⁷⁷. Enfin, en 2004, la Cour a jugé compatible avec le principe d'effectivité d'un délai de forclusion de 90 jours prévu en droit portugais pour l'introduction d'un recours en annulation de l'acte portant fixation d'une taxe²⁷⁸.

167. A toutes fins d'exhaustivité, il faut encore indiquer que s'agissant du point de départ de délai de prescription, le principe d'effectivité ne s'oppose pas non plus à ce qu'un délai de prescription national applicable à une demande de remboursement de taxes perçues en violation du traité commence à courir à une date antérieure à celle à laquelle ces taxes ont été supprimées²⁷⁹.

§II. LE RÉEXAMEN DE DÉCISIONS NATIONALES AYANT ACQUIS AUTORITÉ DE CHOSE JUGÉE

168. Position du problème – Par une sorte d'effet de boule de neige, l'infirmité, par la Cour d'un acte communautaire ou d'une mesure nationale, devrait en principe ébranler l'ensemble de la jurisprudence prise sur leur fondement. Dans la pratique, l'arrêt de la Cour devrait ouvrir droit au réexamen d'une décision nationale, même revêtue de l'autorité de la chose jugée.

169. Le juge communautaire s'est pourtant bien gardé de céder à une application aussi vigoureuse du « principe de légalité ». Respectueuse du principe de l'autorité de la chose

²⁷⁷ Arrêt *Bessin et Salson*, préc. Le juge communautaire a également jugé conforme au principe d'effectivité « un délai national remontant au minimum à quatre années et au maximum à cinq années avant l'année où a été prononcée la décision juridictionnelle révélant la non-conformité de la règle de droit ayant fondé l'imposition avec une règle de droit supérieure » CJCE, Arrêt du 28 novembre 2000, *Roquette Frères SA*, Aff. C-88/99, *Rec.*, I, page 10465.

²⁷⁸ CJCE, Arrêt du 17 juin 2004, *Recheio*, Aff. C-30/02, *Rec.*, I, page 6051, point 21. La Cour prend également en compte le fait que des délais similaires existent dans de nombreux autres Etats membres. Dans ses conclusions sous l'affaire en question, plus précisément à la note 58, l'Avocat Général DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER note ainsi « qu'en droit espagnol le délai est, en principe, de deux mois (article 46, paragraphe 1, de la loi n° 29/1998, du 13 juillet 1998, portant organisation de la juridiction administrative contentieuse), comme dans le système français (article 1er du décret 65-29, du 11 janvier 1965, relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative). Le droit belge établit un délai de soixante jours (article 30, paragraphe 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État), de même que le droit italien, pour l'introduction du recours en matière fiscale (article 21, paragraphe 1, du decreto legislativo n° 546, du 31 décembre 1992, portant «Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413»). En droit allemand, le délai est d'un mois [article 74 de la Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) du 21 janvier 1960 – loi relative au contentieux administratif]. Le délai imparti pour l'introduction de ces délais court à compter du lendemain de la publication ou de la notification de l'acte attaqué ou, le cas échéant, de la décision de rejet du recours gracieux préalable ».

²⁷⁹ CJCE, Arrêt du 17 juillet 1997, *Texaco/Havn et al.*, Aff. jointes C-114/95 et C-115/95, *Rec.*, I, page 4263, point 49.

jugée, corollaire du principe général de sécurité juridique, la Cour énonçait dans son arrêt *Kapferer*, qu'il

« y a lieu de rappeler l'importance que revêt, tant dans l'ordre juridique communautaire que dans les ordres juridiques nationaux, le principe de l'autorité de la chose jugée. En effet, en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause »²⁸⁰.

170. Mais le cœur du juge communautaire balance. Et le principe général sécurité juridique cède parfois, devant le principe de légalité. Ainsi, dès 1961, dans son arrêt *SNUPAT*, elle indiquait que

« le principe du respect de la sécurité juridique, tout important qu'il soit, ne saurait s'appliquer de façon absolue, mais que son application doit être combinée avec celle du principe de la légalité; que la question de savoir lequel de ces principes doit l'emporter dans chaque cas d'espèce dépend de la confrontation de l'intérêt public avec les intérêts privés en cause »²⁸¹.

171. En vérité, la Cour a permis dans sa jurisprudence deux exceptions autorisant un justiciable à remettre en cause, au nom du droit communautaire, l'autorité de la chose jugée.²⁸² La première de ces exceptions concerne le cas particulier de la récupération d'une aide d'état incompatible avec le marché commun (A). La seconde de ces exceptions, dont la portée pourrait cette fois être transversale, ressort de la jurisprudence *Kühne et Heitz*²⁸³.

A. Le réexamen de décisions nationales dans le domaine des aides d'Etat

172. **L'affaire *Lucchini***²⁸⁴ – Point de départ de la remise en cause de la *res iudicata* en droit communautaire, l'arrêt *Lucchini* divise la doctrine²⁸⁵. En l'espèce, la société Lucchini a

²⁸⁰ CJCE, Arrêt du 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer*, Aff. C-234/04, *Rec.*, I, page 2585 point 20 et CJCE, Arrêt du 30 septembre 2003, *Köbler*, Aff. C-224/01, *Rec.*, I, page 10239, point 38. Pour des références plus anciennes, voyez notamment CJCE, Arrêt du 9 juin 1964, *Jean Reynier et Piero Erba*, Aff. jointes 79-63 et 82-63, *Rec.*, page 511.

²⁸¹ CJCE, Arrêt du 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T.*, Aff. jointes 42 et 49/59, *Rec.*, page 103.

²⁸² Derrière cette question se pose deux questions : celle de l'équilibre entre le principe de sécurité juridique et le principe de légalité et celle de l'étendue de la primauté du droit communautaire.

²⁸³ CJCE, Arrêt du 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, Aff. C-453/00, *Rec.*, I, page 837.

²⁸⁴ CJCE, Arrêt du 18 juillet 2007, *Lucchini SpA*, Aff. C-119/05, *Rec.*, I, page 6199.

²⁸⁵ Sans soucis d'exhaustivité, citons J.-Y. CHÉROT, « Le droit communautaire s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée, en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'Etat octroyée en violation du droit communautaire, et dont

adressé une demande d'aide publique auprès des autorités italiennes compétentes. Conformément à l'article 88 TCE, les autorités italiennes compétentes notifient à la Commission leur projet d'aide en faveur de Lucchini. Au terme de son examen²⁸⁶, la Commission déclare le projet d'aide incompatible avec le marché commun. La décision d'incompatibilité 90/555/CECA est notifiée aux autorités compétentes le 20 juillet 1990 et publiée au Journal officiel des Communautés européennes le 14 novembre 1990. Lucchini n'introduit pas de recours en annulation dans le délai d'un mois prévu à l'article 33, troisième alinéa, du traité CECA²⁸⁷.

173. Avant que n'intervienne la décision 90/555, Lucchini a en effet assigné, le 6 avril 1989, les autorités compétentes devant les juridictions italiennes. Elle entend faire constater son droit au paiement de l'aide initialement revendiquée. Le 24 juillet 1991, soit postérieurement à la décision 90/555, le Tribunale civile e penale di Roma conclut que Lucchini est en droit d'obtenir l'aide en question. Il condamne les autorités compétentes au paiement des sommes réclamées. L'arrêt est fondé entièrement sur la législation italienne en vigueur, les parties s'employant soigneusement à ne dire mot de la procédure communautaire²⁸⁸. Les autorités italiennes font appel du jugement. Le recours est rejeté le 6 mai 1994. A défaut de pourvoi en cassation, l'arrêt en cause passe en force de chose jugée le 28 février 1995.

l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive », *Concurrences*, 2007, n° 4, pages 108 à 110 ; T. DO UYEN, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Lucchini" », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n° 3 pages 732 à 734 ; E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire. Aide d'Etat, stabilité des situations juridiques et droit communautaire », *L'actualité juridique - droit administratif*, 2007, pages 2257 à 2258 ; P. BŘÍZA, « Lucchini SpA - is There Anything Left or Res Judicata Principle? », *Civil Justice Quarterly*, 2008, Vo.27, Issue 1 pages 40 à 50 et D. SIMON, « Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif », *Europe*, n°10, octobre 2007, comm. 235.

²⁸⁶ Décision 90/555/CECA, du 20 juin 1990, concernant des aides projetées par les autorités italiennes en faveur des aciéries de Tirreno et de Siderpotenza (N195/88 – N200/88) (*JO* L 314, p. 17).

²⁸⁷ A cet égard, rappelons que le Traité CECA, conclu pour une durée de 50 ans, a expiré en 2002 mais qu'il a été repris par le Traité CE. Sur ce point, voyez l'Arrêt *Lucchini*, préc., aux points 41 et s. A cet égard, cet élément paraît avoir convaincu la Cour de la mauvaise foi de la société. Comme le note l'avocat Général Geelhoed, au point 68 de ses conclusions sous l'affaire *Lucchini*, « lorsque la Commission eut rendu une décision défavorable, *Lucchini Siderurgica* a choisi de ne pas utiliser les voies de recours que le droit communautaire mettait à sa disposition. Nous ne pouvons pas nous soustraire à l'impression que *Lucchini Siderurgica* a cherché le maillon le plus faible dans toute la chaîne des juridictions susceptibles de se prononcer sur la légalité de l'aide ».

²⁸⁸ « À cet égard, il y a lieu de rappeler que, si le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à sortir des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties, ces juridictions sont tenues de soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle communautaire contraignante lorsque, en vertu du droit national, celles-ci ont l'obligation ou la faculté de le faire par rapport à une règle contraignante de droit national ». Voyez notamment CJCE, Arrêt du 14 décembre 1995, *van Schijndel et van Veen*, Aff. jointes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, I, p. 4705, points 13, 14 et 22 et CJCE, Arrêt du 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e.a.*, Aff. C-72/95, *Rec.*, I, p. 5403, points 57, 58 et 60.

174. L'aide restant impayée, le 20 novembre 1995, le président du Tribunale civile e penale di Roma enjoint aux autorités compétentes de verser les sommes dues à Lucchini. Les autorités finissent par s'exécuter.

175. Au mois de juillet 1996, la Commission européenne observe que, malgré la décision 90/555:

«[...] suite à un arrêt de la [Corte d'appello di Roma] du 6 mai 1994, qui, au mépris des principes les plus élémentaires du droit communautaire, aurait établi que [Lucchini] a le droit de bénéficier des aides déjà déclarées incompatibles par la Commission, les autorités [compétentes], n'ayant pas jugé opportun de se pourvoir en cassation, ont accordé, au mois d'avril de la même année, les aides susmentionnées qui sont incompatibles avec le marché commun ».

176. La Commission est d'avis que les autorités compétentes, en versant à Lucchini des aides déclarées incompatibles avec le marché commun par la décision 90/555, ont enfreint le droit communautaire. Elle invite les autorités à récupérer les aides en cause dans un délai de quinze jours et à lui communiquer, dans un délai d'un mois, les mesures concrètes adoptées pour se conformer à cette décision²⁸⁹.

177. Les autorités italiennes enjoignent donc à Lucchini de rembourser l'aide perçue. Aussitôt, la décision est contestée devant les juridictions administratives italiennes. Celles-ci font droit à la demande de Lucchini le 1er avril 1999: les prérogatives qui permettent à l'administration publique de retirer ses propres actes invalides pour illégalité ou vices de fond sont limités, en l'espèce, par le droit à l'octroi de l'aide constaté dans un arrêt de la Corte d'appello di Roma passé en force de chose jugée. La décision est frappée d'appel. La juridiction d'appel saisit la Cour d'une question préjudicielle afin de savoir si 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 (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 communautaire²⁹⁰.

²⁸⁹ Si lesdites autorités se soustrayaient à cette injonction, la Commission se proposerait de constater le manquement en vertu de l'article 88 du traité CECA et inviterait les autorités compétentes à présenter d'éventuelles nouvelles observations au titre de l'article 88, premier alinéa, du traité CECA dans un délai de dix jours ouvrables.

²⁹⁰ Et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive.

178. L'arrêt de la Cour: primauté – Un rappel utile ouvre le raisonnement de la Cour : les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour apprécier la compatibilité d'une aide avec le marché commun. Il s'agit d'une compétence exclusive de la Commission européenne. Ni le Tribunale civile e penale di Roma ni la Corte d'appello di Roma n'étaient compétents pour statuer sur la compatibilité des aides d'État demandées par Lucchini.

179. La Cour, procède ensuite à l'examen de l'article 2909 du code civil italien. La disposition s'oppose à la réouverture, dans un second litige, de moyens qui ont déjà été expressément tranchés à titre définitif, mais aussi à ce que soient abordées des questions qui auraient pu être soulevées dans le cadre d'un litige antérieur et qui ne l'ont pas été. En conséquence, on ne peut exclure que l'article 2909 attribue des effets à une décision d'une juridiction nationale qui dépasse les limites de sa compétence au regard, comme cela était le cas en l'espèce, du droit communautaire.

180. On se trouve donc, en somme, dans un cas de figure relativement classique de conflit entre une règle législative nationale, et une disposition du Traité CE. De manière tout à fait logique, la Cour dispose donc qu'en vertu du principe de primauté

« 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 »²⁹¹.

181. Un arrêt d'espèce ? – Il ne fait aucun doute, à la lecture de l'arrêt, que la Cour n'a pas souhaité prendre une position de principe sur les limites de la *res iudicata*²⁹². En vérité, la Cour ne pouvait juger autrement, sauf à « cautionner une violation flagrante de la répartition des compétences en matière d'aide publique »²⁹³. Pour autant, en se prononçant, comme elle

²⁹¹ Arrêt *Lucchini*, préc., point 63.

²⁹² Conclusions de l'Avocat général GEELHOED sous CJCE, *Lucchini SpA*, Aff. C-119/05, *Rec.*, I, page 6199, point 83. « On peut conclure qu'il n'y a pas lieu de protéger un intéressé qui ne fait aucun cas des voies de recours que lui reconnaît le droit communautaire et qui saisit le juge national, lequel n'est pas compétent pour se prononcer sur la légalité selon le droit communautaire de la mesure d'aide dont l'intéressé poursuit l'exécution. Le fait que la décision ainsi obtenue du juge national, laquelle est, comme nous l'avons montré ci-dessus, en contradiction flagrante avec l'ordre communautaire, ait acquis la force de la chose jugée en vertu du droit national n'y change rien ».

²⁹³ Les faits de l'arrêt démontrent à l'envi qu'il y avait dans cette affaire une mauvaise foi évidente de la part de la société italienne. Toutefois, l'application du principe de primauté du droit communautaire n'était pas la solution la plus respectueuse du principe de la *res iudicata*. Le gouvernement italien faisait valoir une autre solution dans ce litige en soulignant qu'il n'était pas nécessaire d'opposer frontalement ces deux principes et de

l'a fait, de manière générale, une impression gênante ressort de la lecture de l'arrêt. Une motivation plus riche aurait été bienvenue²⁹⁴.

B. Le réexamen de décisions nationales depuis l'arrêt *Kühne & Heitz*

182. Le principe de réexamen de l'affaire *Kühne & Heitz* – Le principe de l'autorité de la chose jugée a fait, en 2003, l'objet d'une deuxième attaque, cette fois plus générale et mieux motivée²⁹⁵. La société Kühne & Heitz (« K&S ») exportait des morceaux de volaille vers des pays tiers. Dans ses déclarations aux autorités douanières néerlandaises, elle désignait ses marchandises comme relevant de la sous-position « cuisses et morceaux de cuisses d'autres volailles » du tarif douanier commun. Se fondant sur ces déclarations, le Productschap avait un temps accordé à K&S des restitutions à l'exportation, c'est-à-dire des aides communautaires versées à certains exportateurs de produits agricoles vers des pays tiers (qui sont destinées à compenser la différence entre les prix en vigueur sur le marché européen et les prix mondiaux). Après vérification, toutefois, le Productschap reclassa la marchandise de K&S dans la sous-position « autres ». Suite à ce reclassement, il exigea de K&S le remboursement d'une partie des restitutions. K&S introduisit d'abord en vain une réclamation à l'encontre de cette demande de remboursement. Son appel devant le College van Beroep voor het bedrijfsleven fut ensuite rejeté²⁹⁶.

183. Lors d'un arrêt *Voogd Vleesimport en export* rendu ultérieurement le 5 octobre 1994 – disjoint factuellement de tout lien avec K&S – la Cour jugea qu'« une cuisse à laquelle

dégager une solution qui, tout en atteignant l'objectif poursuivi, ne remettrait pas en cause l'autorité de la chose jugée. Si l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à un recours entre les mêmes parties, sur le même objet et avec la même cause il aurait été possible de considérer que l'action en récupération de l'aide d'état indûment versée en violation du droit communautaire n'a ni la même cause, ni le même objet que l'action en paiement passée en force de chose jugée ; C. NOURISSAT, « L'autorité de la chose jugée des décisions de la CJCE », *Procédures*, n°8, Août 2007, Etude n°20.

²⁹⁴ D. SIMON, *op. cit.*, note 285. Comme le souligne le Professeur Simon, cet arrêt, même s'il est compréhensible au vu du contexte particulier de l'affaire, n'en est pas moins pauvrement motivé

²⁹⁵ Sur cet arrêt, voyez entre autres B. KOTSCHY, « Responsabilité d'Etat », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2003, n° 4, p.911 à 913 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI, et C. LAMBERT, « Portée rétroactive des arrêts de la Cour de justice et décisions administratives individuelles définitives », *L'actualité juridique - droit administratif*, 2004, p.319 ; 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 », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, n° 3, p.559 à 567 ; D. SIMON, « Obligation de réexamen d'une décision administrative définitive », *Europe*, 2004, Mars, comm. n° 66, pages 14 et 15.

²⁹⁶ Dans le cadre de cette procédure, Kühne & Heitz n'avait pas demandé qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour sur l'interprétation à donner au règlement applicable en cette matière.

demeure attaché un morceau de dos doit [...] être qualifiée de cuisse au sens des sous-positions de la nomenclature »²⁹⁷.

184. Suite à cet arrêt, Kühne & Heitz présenta au Productschap une demande de paiement des restitutions dont le remboursement avait été, selon elle, exigé à tort. Elle sollicita au surplus le versement d'une somme correspondant au gain plus élevé qu'elle aurait réalisé si les cuisses de poulet, exportées après le mois de décembre 1987, avaient été classées conformément audit arrêt. Le Productschap ayant rejeté ces demandes, K&S a de nouveau interjeté appel devant le College van Beroep voor het bedrijfsleven.

185. La juridiction hollandaise saisie du recours observe qu'en principe une jurisprudence postérieure – nationale ou communautaire – à une décision administrative définitive ne peut affecter son caractère définitif. Une solution contraire créerait en effet une situation de chaos administratif et nuirait gravement à la sécurité juridique. Toutefois, le College van Beroep voor het bedrijfsleven accepte de saisir la Cour d'une question préjudicielle: le droit communautaire, et notamment le principe de loyauté communautaire (ou de coopération loyale, voir nos considérations *supra*) de l'article 10 CE, impose-t-il à un organe administratif de revenir sur une décision devenue définitive de manière à garantir au droit communautaire, devant être interprété à la lumière d'une décision préjudicielle postérieure, son plein effet ?

186. Remise en cause de la *res iudicata* ? – Au cœur de l'arrêt de la Cour, on retrouve les principes relatifs à l'effet déclaratif des arrêts d'interprétation. Rappelons-nous

« l'interprétation que, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 234 CE, la Cour donne d'une règle du droit communautaire éclaire et précise, lorsque besoin en 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 »²⁹⁸.

187. La Cour en tire ici une conséquence qui n'est pas négligeable, loin s'en faut

« une règle du droit communautaire ainsi interprétée doit être appliquée par un organe administratif dans le cadre de ses compétences même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'intervention de l'arrêt de la Cour statuant sur la demande d'interprétation »²⁹⁹.

²⁹⁷ Aff. C-151/93, *Rec.*, I, p. 4915.

²⁹⁸ CJCE, Arrêt du 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, *Rec.*, p. 1205, point 16 et *supra*.

²⁹⁹ CJCE, Arrêt du 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, Aff. C-453/00, *Rec.*, I, page 837, point 22.

188. Mais la Cour est évidemment consciente des conséquences pouvant résulter d'une application mécanique du principe en cas de décision administrative devenue définitive. Pour obvier au risque permanent de remise en question de décisions administratives, la Cour fait de nouveau appel au principe de sécurité juridique

« la sécurité juridique figure au nombre des principes généraux reconnus en droit communautaire. Le caractère définitif d'une décision administrative, acquis à l'expiration de délais de recours raisonnables ou par l'épuisement des voies de recours, contribue à ladite sécurité et il en résulte que le droit communautaire n'exige pas qu'un organe administratif soit, en principe, obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un tel caractère définitif »³⁰⁰.

189. Qu'on le veuille ou non, l'arrêt est déconcertant: comment en effet réconcilier l'obligation d'appliquer le droit communautaire nouveau avec la non-obligation de revenir sur une décision administrative définitive? Le droit hollandais, applicable en l'espèce, offre une porte de sortie commode au juge : il prévoit que sous réserve de ne pas léser les intérêts de tiers, un organe administratif a toujours le pouvoir de revenir sur une décision administrative définitive et que, selon les circonstances, l'existence d'un tel pouvoir peut impliquer l'obligation de retirer une telle décision. Se fondant sur les circonstances de l'affaire, la Cour décide que³⁰¹, dans un tel cas l'organe administratif concerné

« est tenu, en application du principe de coopération découlant de l'article 10 CE, de réexaminer ladite décision afin de tenir compte de l'interprétation de la disposition pertinente du droit communautaire retenue entre-temps par la Cour. Ledit organe devra déterminer, en fonction des résultats de ce réexamen, dans quelle mesure il est tenu de revenir, sans léser les intérêts de tiers, sur la décision en cause »³⁰².

190. **Encadrement** – L'obligation de réexamen s'applique donc sous réserve que le droit national le permette. L'arrêt de la Cour apporte, en outre, quelques précisions. L'obligation joue uniquement si :

- L'organe en cause « dispose, selon le droit national, du pouvoir de revenir sur cette décision »;
- « la décision en cause est devenue définitive en conséquence d'un arrêt d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort »;
- « ledit arrêt est, au vu d'une jurisprudence de la Cour postérieure à celui-ci, fondé sur une interprétation erronée du droit communautaire adoptée sans que la Cour ait été saisie à titre préjudiciel dans les conditions prévues à l'article 234, paragraphe 3, CE »;

³⁰⁰ CJCE, Arrêt du 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV*, Aff. C-453/00, *Rec.*, I, page 837, point 24.

³⁰¹ *Ibidem*, point 26

³⁰² *Ibid.*, point 27.

- « l'intéressé s'est adressé à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de ladite jurisprudence »³⁰³.

191. Resserrement jurisprudentiel – D'aucuns ont pu s'inquiéter, au lendemain de l'arrêt *Kühne & Heitz*, du triomphe du principe de légalité sur celui de sécurité juridique³⁰⁴. C'est sans doute pour répondre aux cassandres, qui entrevoyaient déjà une opération de réexamen général des décisions judiciaires ayant force de chose jugée, que la Cour a accepté de donner un tour de vis jurisprudentiel dans son arrêt *Kapferer*³⁰⁵. Le juge communautaire y insiste en effet sur le fait que la solution de l'arrêt *Kühne & Heitz* s'expliquait, sinon exclusivement, du moins principalement, en raison de l'existence, en droit national, du pouvoir de l'organe en cause de revenir sur sa décision :

« le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause »³⁰⁶.

192. Et, plus clairement encore :

« à supposer que les principes dégagés dans cet arrêt soient transposables à un contexte qui, tel celui de l'affaire au principal, est relatif à une décision judiciaire coulée en force de chose jugée, il y a lieu de rappeler que ce même arrêt subordonne 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, à la condition, notamment, que ledit organe dispose, en vertu du droit national, du pouvoir de revenir sur cette décision. Or, en l'occurrence, il suffit de relever qu'il découle de la décision de renvoi que la condition susmentionnée n'est pas satisfaite »³⁰⁷.

193. On comprend bien, ici, que les principes posés dans la jurisprudence *Kühne & Heitz* sont d'interprétation stricte. Les craintes relatives à une remise en cause tous azimuts de la *res*

³⁰³ *Ibid.*, point 28.

³⁰⁴ L'arrêt *i21 et Arcor*, pour l'essentiel, confirme la jurisprudence *Kühne & Heitz*. CJCE, Arrêt du 19 septembre 2006, *i-21 et Arcor*, Aff. jointes C-392/04 et C-422/04, *Rec.*, I, page 8559. « [S]i les règles nationales applicables aux recours imposent une obligation de retirer un acte administratif illégal au regard du droit interne, bien que cet acte soit devenu définitif, lorsque le maintien de cet acte serait « tout simplement insupportable », la même obligation de retrait doit exister dans des conditions équivalentes en présence d'un acte administratif non conforme au droit communautaire ».

³⁰⁵ CJCE, Arrêt du 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer*, Affaire C-234/04, *Rec.*, I, page 2585. Sur cet arrêt, voyez notamment C. DELPY, « Droit international et européen. De la nécessité de coopérer entre autorités », *La Semaine juridique - édition générale*, 2007, I, 109, pages 23 et 24 ; A. KOSTOVA-BOURGEIX, « Un arrêt ayant acquis l'autorité de chose jugée ne peut être réexaminé, même s'il est contraire au droit communautaire », *La Semaine juridique - édition générale*, 2006, II, 10174, pages 2007 à 2009 ; E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, « Stabilité des situations juridiques et droit communautaire », *L'actualité juridique - droit administratif*, 2006, pages 2275 à 2276.

³⁰⁶ CJCE, Arrêt du 16 mars 2006, *Rosmarie Kapferer*, Affaire C-234/04, *Rec.*, I, page 2585, point 21.

³⁰⁷ *Ibidem*, point 23.

iudicata sont donc infondées. Il n'y a pas de principe général de remise en cause de l'autorité de la chose jugée imposée par l'article 10 CE mais une possibilité de réexamen qui *in fine* dépend uniquement du fait que le droit national autorise, ou non, une telle révision. Le récent arrêt *Kempter* appartient au même courant jurisprudentiel³⁰⁸.

§III LE RECOURS EN RESPONSABILITÉ

194. Principe – Tout au long de notre propos, nous avons évoqué la possibilité de mettre en cause la responsabilité extracontractuelle de la Communauté³⁰⁹, ou des Etats membres, suite au prononcé d'un arrêt par la Cour de justice. La mise en jeu de la responsabilité est en effet une conséquence potentielle d'un arrêt de la Cour : une fois l'illégalité reconnue dans un arrêt, vient le temps de sa réparation. Or, les implications financières d'un tel recours peuvent être avantageuses : les géants du secteur de l'équipement électrique, Schneider et Legrand, sont bien placés pour le savoir. Après que la Commission avait interdit leur concentration en 2004³¹⁰, le TPICE jugea la décision d'interdiction illégale³¹¹. Saisi d'un nouveau recours en responsabilité, il accepta de condamner la Communauté à leur verser de substantiels dommages et intérêts³¹².

195. Limitation – Le sujet qui nous occupe ici se révèle, dès l'abord, assez vaste. Aussi avons-nous décidé de limiter notre propos à un bref aperçu de la responsabilité

³⁰⁸ CJCE, Arrêt du 12 février 2008, *Kempter*, C-2/06, non encore publié.

³⁰⁹ Nous avons vu, sans toutefois proposer de systématisation, plusieurs exemples de la mise en cause d'une telle responsabilité. A l'égard des institutions communautaires, l'article 233 CE, par exemple, réserve explicitement l'application de l'article 288 CE. A l'égard des Etats membres, dans son arrêt *Comateb*, la Cour a également réservé la possibilité pour le requérant demandant la répétition d'une taxe indument perçue par son Etat membre, de mettre en cause la responsabilité de celui-ci.

Nous laissons de côté la question de la responsabilité contractuelle de la Communauté également organisée par le Traité.

³¹⁰ Affaire COMP/M.2283, *Schneider-Legrand*, JO 2004, L 101, p. 1.

³¹¹ TPICE, Arrêt du 22 octobre 2002, *Schneider Electric/Commission*, Aff., T-310/01, *Rec.*, II, page 4071 et TPICE, Arrêt du 22 octobre 2002, *Schneider Electric/Commission*, Aff. T-77/02, *Rec.*, II, page 4201.

³¹² TPICE, Arrêt du 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA*, Aff. T-351/03, non encore publié au Recueil. Sur cet arrêt voir T. UYEN DO, « La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt "Schneider III" », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n° 3, pages 747 à 751 et N. PETIT et M. RATO, « The Commission's Non-Contractual Liability in the Field of Merger Control – Don't Use a Hammer When You Need a Screwdriver », disponible sur <http://www.globalcompetitionpolicy.org> (visité le 25 mars 2008).

extracontractuelle en droit communautaire. Pour ce faire, nous séparons la question de la responsabilité de la Communauté (A) et celle des Etats membres (B)³¹³.

A. La mise en jeu de la responsabilité des institutions communautaires

196. Principe – Aux articles 235 et 288 TCE, est expressément prévue la possibilité de mettre en cause la responsabilité de la Communauté (et non pas de ses institutions, qui n'ont pas la personnalité juridique), conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, pour les dommages causés par ses institutions et ses agents dans le cadre de leur fonction. A partir de ces dispositions, la Cour a développé un système complet de mise en jeu de la responsabilité de la Communauté, qui, bien que s'inspirant des droits nationaux de la responsabilité extracontractuelle, présente certains traits caractéristiques³¹⁴.

197. Précision – La mise en jeu de la responsabilité de la Communauté n'exige pas qu'un arrêt ait préalablement constaté un manquement, une carence ou annulé un acte de droit communautaire. La Cour a en effet reconnu le caractère autonome du recours en responsabilité extracontractuelle³¹⁵. Dans la pratique, toutefois, si l'arrêt préalable n'est pas indispensable, il constitue un élément facilitant la démonstration de la « faute », qui est une condition d'application des articles 235 et 288 TCE.

198. Grandes lignes – Les standards du droit positif, formellement stables, sont entièrement fixés dans l'arrêt *Bergaderm*³¹⁶. Trois conditions, que la Cour synthétise d'une phrase, doivent être remplies pour que la Communauté soit reconnue responsable

³¹³ Si cette première possibilité est expressément prévue par le Traité aux articles 235 et 288 CE, la seconde a été établie de manière prétorienne.

³¹⁴ Voir sur ce point J.P. JACQUÉ, *op. cit.*, pages 702 et s.

³¹⁵ CJCE, Arrêt du 12 décembre 1967, *Anne Collignon/Commission*, Aff. 4-67, *Rec.*, page 469. Toutefois, ce recours ne peut être utilisé pour détourner les limitations, notamment de temps, posées dans le cadre du recours en annulation. Dès lors, l'« irrecevabilité d'une demande en annulation entraîne celle d'une demande en indemnité étroitement liée avec la demande en annulation »

³¹⁶ CJCE, Arrêt du 4 juillet 2000, *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm*, Aff. C-352/98 P, *Rec.*, I, page 5291. Cet arrêt est intervenu après que l'ancienne approche de la Cour ait été virulemment critiquée par la doctrine. Il était principalement reproché le manque de cohérence dans l'approche adoptée par la Cour entre les conditions posées pour le recours en responsabilité visant la Communauté et celui concernant les Etats membres que nous verrons dans el point suivant. La Cour va donc tenter d'aligner les dits régimes, *mutatis mutandis*. Pour un résumé, voir D. WYATT, A DASHWOOD et al, *op. cit.*, page 490. Il n'est donc pas surprenant que la Cour rappelle dans cet arrêt que « les conditions de mise en œuvre de la responsabilité non contractuelle de la Communauté pour les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ne doivent pas, en l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité de l'État pour les dommages

« la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée et, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées »³¹⁷.

199. Violation suffisamment caractérisée ? – Pour l'heure, les recours en responsabilité, souvent infructueux, se sont abîmés sur la seconde condition, que la Cour résume autrement en parlant de « 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 »³¹⁸.

200. Un exemple récent, qui a fait grand bruit, permet de s'en convaincre. Dans l'affaire *Schneider*, que nous venons d'évoquer, les parties souhaitaient que la Communauté soit reconnue responsable de diverses erreurs, à la fois de fond (l'appréciation économique-juridique de l'effet de l'opération de concentration) et de procédure (droits de la défense). Dans son arrêt le TPICE reconnaît qu'une violation suffisamment caractérisée peut être identifiée en matière de procédure. Il se montre en revanche réticent à admettre qu'une erreur d'analyse économique puisse être ainsi qualifiée³¹⁹. On comprend bien le risque d'inertie politique que pourrait engendrer une mobilisation trop généreuse de la responsabilité des institutions en la matière.

causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage Cette constatation avait par ailleurs été faite dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur* (CJCE, Arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA et Factortame Ltd*, Aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, I, page 1029) que nous analyserons *infra*.» La Cour va donc abandonner son ancienne approche et décider que « la nature générale ou individuelle d'un acte d'une institution n'est pas un critère déterminant pour identifier les limites du pouvoir d'appréciation dont dispose l'institution en cause ».

³¹⁷ Arrêt *Bergaderm*, préc. point 42.

³¹⁸ *Ibidem*, point 43. « Le régime dégagé par la Cour en matière de responsabilité non contractuelle de la Communauté prend notamment en compte la complexité des situations à régler, les difficultés d'application ou d'interprétation des textes et, plus particulièrement, la marge d'appréciation dont dispose l'auteur de l'acte mis en cause » (Arrêt *Holcim AG/Commission*, préc., point 50). « Lorsque l'institution mise en cause ne dispose que d'une marge d'appréciation considérablement réduite, voire inexistante, la simple infraction au droit communautaire peut suffire à établir l'existence d'une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire » (*Ibidem*, point 47).

³¹⁹ Point 132 de l'arrêt : « Il est, enfin, nécessaire de rappeler que la Commission dispose d'une marge d'appréciation aux fins de conserver la maîtrise de la politique communautaire de la concurrence, ce qui implique qu'une pratique rigoureusement constante et invariable dans la mise en œuvre des règles pertinentes ne saurait être attendue d'elle et, corrélativement, qu'elle jouit d'une certaine latitude dans le choix des instruments économétriques à sa disposition, ainsi que dans celui des angles d'approche appropriés pour l'étude d'un phénomène pour autant que ces choix ne soient pas manifestement contraires aux règles admises de la discipline économique et soient mis en œuvre de manière conséquente ».

201. Responsabilité sans faute ? – La Cour a également semblé admettre le *principe* (mais uniquement le principe) de responsabilité sans faute de la Communauté, c'est-à-dire de responsabilité des institutions pour les dommages que leurs activités décisionnelles et normatives occasionnent, en l'absence même de toute faute. Cette responsabilité semble toutefois soumise à de strictes conditions. Le TPICE nous dit ainsi que

« dans l'hypothèse où le principe de la responsabilité de la Communauté du fait d'un acte licite devrait être reconnu en droit communautaire, une telle responsabilité ne saurait être engagée que si le préjudice invoqué, à le supposer «né et actuel», affecte une catégorie particulière d'opérateurs économiques d'une façon disproportionnée par rapport aux autres opérateurs (préjudice anormal) et dépasse les limites des risques économiques inhérents aux activités dans le secteur concerné (préjudice spécial), sans que l'acte réglementaire se trouvant à l'origine du dommage invoqué soit justifié par un intérêt économique général »³²⁰.

B. La mise en jeu de la responsabilité des Etats membres

202. Position du problème – Au lendemain d'un arrêt constatant un manquement ou d'un arrêt constatant l'incompatibilité d'une mesure nationale (sur question préjudicielle), il y aurait de bonnes raisons de chercher à engager la responsabilité extracontractuelle des Etats membres. Contrairement à la situation qui prévaut pourtant pour les institutions communautaires, le Traité reste silencieux sur la mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle des Etats membres pour violation du droit communautaire. La Cour de Justice est cependant venue combler les carences du Traité.

203. Principe et conditions – Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité extracontractuelle des Etats membres ont été définies dans l'arrêt *Francovich*³²¹. En cause, une affaire banale de mauvaise transposition d'une directive par l'Etat italien. La Cour est interrogée sur la question si l'Etat a obligation de réparer le dommage qui découle de sa violation du droit communautaire. La Cour y répond positivement et dégage les trois conditions d'ouverture d'un droit à réparation

« La première de ces conditions est que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers. La deuxième condition est que le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive. Enfin, la troisième

³²⁰ TPICE, Arrêt du 28 avril 1998, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft*, Aff. T-184/95, *Rec.*, II, page 667, point 80.

³²¹ CJCE, Arrêt du 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, Aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, I, page 5357.

condition est l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées. Ces conditions sont suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, qui trouve directement son fondement dans le droit communautaire »³²².

204. Extension – L'arrêt *Brasserie du Pêcheur* viendra interpréter l'étendue exacte de la jurisprudence *Francovich*³²³. Tout d'abord, le principe de réparation du dommage « est valable pour toute hypothèse de violation du droit communautaire par un État membre, et ce quel que soit l'organe étatique dont l'action ou l'omission en a été la cause »³²⁴. L'arrêt *Brasserie du Pêcheur* précise aussi que l'obligation de réparation du dommage ne se limitait au cas de non transposition d'une directive, mais recouvre toute violation du droit communautaire.

205. L'extension, dont nous faisons ici état, semble sans limite. Dans un arrêt plus proche de nous dans l'affaire *Köbler*, la Cour a ainsi permis la mise en cause la responsabilité des Etats membres en raison de la violation du droit communautaire par leurs juridictions nationales³²⁵.

206. Responsabilité des particuliers pour violation du droit communautaire ? – La jurisprudence *Francovich* serait-elle applicable au cas de violations du droit communautaire par des particuliers ? La question est essentiellement pertinente dans le domaine du droit communautaire de la concurrence. La Commission européenne entend, en effet, soutenir les Etats membres dans la conception d'outils permettant aux personnes physiques et morales d'introduire des actions privées en réparation du dommage causé par une violation des règles de concurrence (le *private enforcement*)³²⁶.

³²² Arrêt *Francovich*, préc., points 40 et 41.

³²³ CJCE, Arrêt du 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur SA et Factortame Ltd*, Aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, I, page 1029.

³²⁴ La Cour visait par là les démembrements éventuels d'un Etat : il n'était en effet pas question qu'un Etat écarte ce principe au motif que sa constitution prévoit des répartitions de compétences particulières. Toutefois, comme nous le verrons, cet attendu annonce avec quelques années d'avance l'arrêt *Köbler*.

³²⁵ CJCE, Arrêt du 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler*, Aff. C-224/01, *Rec.*, I, page 10239.

³²⁶ <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>

207. A vrai dire, la réponse est simple. Un arrêt *Courage/Crehan* prévoit un principe de responsabilité des particuliers, mais renvoie aux Etats membres pour en déterminer les modalités, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité³²⁷.

CONCLUSION

208. Le pragmatisme qui domine la jurisprudence de la Cour ne facilite pas l'élaboration d'une théorie générale de la *res iudicata* en droit communautaire. Quelques lignes de force se dégagent toutefois de cette étude. En tout premier lieu, on peut isoler deux « blocs » de recours aux effets distincts: d'une part, les arrêts en annulation, en carence, en appréciation de validité et en exception d'illégalité et, d'autre part, une convergence entre les effets du manquement et de la question préjudicielle en interprétation. Cette répartition n'est pas surprenante. Tandis que le second groupe de recours vise à assurer plus ou moins directement la primauté du droit communautaire sur le droit national (et son application cohérente), les premiers visent à assurer la légalité du droit communautaire proprement dit. Poursuivant le même but, il est peu étonnant que ces différents arrêts aient des effets communs³²⁸.

209. En deuxième lieu, malgré la grande diversité de ses rôles (interprète ou censeur de la légalité communautaire), la Cour de Justice fait d'une grand déférence envers le rôle du juge national³²⁹, qui s'illustre à merveille dans sa jurisprudence en matière d'autorité de la chose jugée, ou encore dans le refus – malgré le principe de primauté – d'annuler des législations nationales contraires au droit communautaire³³⁰.

210. En troisième lieu, la Cour n'hésite pas à pallier aux limitations du Traité ainsi qu'à ses lacunes. L'exemple le plus frappant est certainement le développement prétorien de la

³²⁷ CJCE, Arrêt du 20 septembre 2001, *Courage/Crehan*, Aff. C-453/99, *Rec.*, I, page 6297. Voir également CJCE, Arrêt du 13 juillet 2006, *Manfredi, Cannito, Tricarico et Murgolo*, Aff. jointes C-295/04 à C-298/04, *Rec.*, I, page 6619.

³²⁸ Même si, comme nous l'avons vu, certaines différences importantes demeurent surtout pour les recours en carence et l'exception d'illégalité.

³²⁹ Certes, ce respect n'est pas infini et la Cour a su développer au fil de sa jurisprudence de « seconde génération », un cadre utile pour apprécier la validité de certaines pratiques nationales qui tendent parfois à limiter les droits que les justiciables tirent du droit communautaire.

³³⁰ La Cour reconnaît aussi une certaine tolérance envers les Etats membres. Nous avons ainsi insisté sur les conséquences financières parfois importantes qui peuvent découler d'un arrêt de la Cour de Justice. Le contentieux de la répétition de l'indu, et plus particulièrement de la notion de répercussion, démontre que la Cour tend malgré tout à ménager le budget des Etats et à prendre en compte certaines conséquences pratiques au mépris parfois de l'orthodoxie juridique.

responsabilité extracontractuelle des Etats membres en cas de violation du droit communautaire³³¹.

211. Enfin, la Cour a su également tenir compte des spécificités propres à chaque type de contentieux pour moduler les effets de ses arrêts. Lorsque le Traité prévoit explicitement cette possibilité, comme dans le cadre du recours en annulation, la Cour en use sans réserve, étendant même la portée du texte. Lorsque le Traité est muet, elle distingue selon les types de recours. On comprend bien que, dans le cadre du renvoi préjudiciel où, même si elle s'en défend, la Cour adopte parfois des positions révolutionnaires et inattendues (que l'on songe un instant à l'impact pratique de l'arrêt *Defrenne II*), la Cour admette des aménagements importants. En revanche, en matière de recours en manquement, elle se montre bien plus sévère vis-à-vis d'Etats qui violent, de façon délibérée, les obligations découlant du droit communautaire.

³³¹ Sur certains points, le Traité de Lisbonne reprend l'acquis jurisprudentiel de la Cour – ainsi lorsqu'il reprend la notion d'acte de portée générale plutôt que celle de règlement - mais pas sur d'autres – le Traité reste par exemple muet sur la responsabilité extracontractuelle des Etats membres.