

Charlotte Denizeau: Le contrôle par le juge administratif de l'application des directives européennes
Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 313.- 338.

Charlotte Denizeau
Maître de conférences Université Panthéon Assas

LE CONTRÔLE PAR LE JUGE ADMINISTRATIF DE L'APPLICATION DES DIRECTIVES EUROPÉENNES

UDK: 342(4)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 25. 10. 2012

S obzirom da su direktive, uz uredbu, najvažniji pravni akt Europske unije i da obvezuju u pogledu rezultata koji se njome ostvaruje, ali nacionalnim vlastima prepušta izbor forme i metode provedbe (zakon, podzakonski akt i sl.), postavlja se pitanje njihova uključivanja u zakonito postupanje uprave i kontrola njihove primjene u upravnom sudovanju. Prema članku 88. Ugovoru o funkcioniranju Europske unije: „Direktiva je obvezujuća, u pogledu rezultata koji je potrebno postići, za svaku državu članicu kojoj je upućena, a odabir oblika i metode postizanja tog rezultata prepušten je nacionalnom tijelu.“ Problem provedbe direktive implicira dva pitanja: koje je prirode akt za provedbu direktiva i koja je uloga upravnog suca u primjeni europskih direktiva?

Ključne riječi : *europske direktive, upravni sudac, kontrole*

Introduction : spécificités de la directive européenne: 1°) La transposition par un acte contraignant : loi ou règlement ?; 2°) Compétence discrétionnaire ou compétence liée; **I. La primauté des directives devant le juge administratif;** A. Primauté et transposition; 1°) L'exigence constitutionnelle de transposition (Décision du 10 juin 2004); a. Une exigence constitutionnelle, sauf en cas d'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France; b. Une exigence constitutionnelle concernant les dispositions inconditionnelles et précises des directives.; 2°) Le contrôle des règlements de transposition : l'arrêt Arcelor; B. Primauté et contrôle de légalité; 1°) Primauté de la directive sur les règlements; 2°) Primauté de la directive sur la loi; **II. La justiciabilité des directives devant le juge administratif;** A. L'effet direct des directives; 1°) L'effet direct vertical ascendant; a) La position de la Cour de justice de l'Union européenne; b) Le ralliement du Conseil d'Etat en 2009; i) La jurisprudence Cohn-Bendit de 1978; ii) Le revirement Perreux du 30 octobre 2009.; 2°) L'absence d'effet direct horizontal; B. L'invocabilité de réparation; 1°) L'engagement de la responsabilité de l'Etat en l'absence de transposition d'une directive; 2°) Recours en manquement et responsabilité de l'Etat

INTRODUCTION : SPÉCIFICITÉS DE LA DIRECTIVE EUROPÉENNE

Parce que la directive est un acte juridique original, singulier et inédit, la question de son applicabilité sur le territoire des Etats membres est délicate et soulève de nombreuses difficultés juridiques et pratiques¹. Se pose la question de son insertion dans la légalité administrative et du contrôle de son application par le juge administratif.

Selon la formule de l'article 288 TFUE, « la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »². Elle lie tout Etat membre : cela signifie qu'elle est obligatoire et immédiate³. Néanmoins, elle doit être transposée⁴ par un acte national qui traduise ses objectifs dans le droit interne. Elle fixe ainsi des objectifs et laisse aux autorités de chaque Etat membre le choix des moyens. Elle se distingue en cela du règlement qui est immédiatement applicable dès sa publication.

¹ Selon la formule qui a connu un fort succès doctrinal, « la directive intrigue, dérange, divise. Sa singularité en est la cause » (R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », *Liber amicorum P. Pescatore*, 1987, p. 359, Nomos Verlag).

² « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre. La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. La décision est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne. Les recommandations et avis ne lient pas ».

³ Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, « La C.J.C.E. et la transposition des directives », *R.F.D.A.*, 1988, p. 1 ; R. KOVAR, « Observation sur l'intensité des directives », *Mélanges P. Pescatore*, p. 359 ; J.-V. LOUIS, « Article 189 », *Commentaire Mégret*, volume X, p. 500 ; R. MEHDI, « Directive », *Dictionnaire Barav-Philip*, p. 359 ; P. PESCATORE, « L'effet des directives communautaires, une tentative de démythification », *Dalloz*, 1980, chron. 171 ; D. SIMON et A. RIGAUX, « Les contraintes de la transcription en droit français des directives communautaires : le secteur de l'environnement », *R.J.E.*, 1991, pp. 269-332 ; D. SIMON, « Le Conseil d'État et les directives communautaires. Du gallicanisme à l'orthodoxie », *R.T.D.E.*, 1992, p. 665. D. SIMON, *La mise en œuvre des directives en droit national*, Conférence d'actualité du CERIC, centre d'études et de recherches internationales et communautaire, Université de droit et de sciences politiques Aix Marseille III, 1993, 21 p. et D. SIMON, *La directive européenne*, Dalloz, 1997, 127 p.

⁴ Le vocabulaire utilisé pour désigner l'opération de transposition est divers. On rencontre dans les arrêts de la Cour, les conclusions des avocats généraux et de la doctrine, une multiplicité de termes : introduction (C.J.C.E., 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, rec. p. 1629 ; cet arrêt utilise également le terme d'exécution), exécution (C.J.C.E., 22 février 1990, *Busseni*, aff. 221/88, rec. p. I-495), traduction (C.J.C.E., 6 mai 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 102/790, rec. p. 1473), transcription, exécution, application, mise en œuvre (C.J.C.E., 25 juillet 1991, *Emmot*, aff. C-208/90, pt 18, rec. p. I-4269), transposition (conclusion H. MAYRAS, C.J.C.E., 14 décembre 1979, *Commission c/ Italie*, aff. 93/79, rec. p. 3837)... Ces diverses formulations se réfèrent toutes à la même opération de transposition et il est vain de chercher une différence de degré. L'exécution est le terme générique qui permet de désigner l'ensemble du processus de mise en œuvre du droit de l'Union européenne en droit interne dont la transposition n'est qu'un volet, concernant la mise en œuvre des directives. Sur ce point, voir R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », *Liber Amicorum P. Pescatore, Du droit international au droit de l'intégration*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 359, spéc. p. 361.

La directive s'appuie ainsi sur les prérogatives des États membres, impliquant une « *méthode législative à double détente* »⁵. Elle est l'acte de droit dérivé qui traduit le mieux, et le plus nettement, l'équilibre subtil - et parfois ambigu - entre la volonté d'assurer une application uniforme du droit de l'Union européenne et le souci de respecter l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Elle cristallise la dialectique par laquelle la puissance publique étatique est à la fois subordonnée et légitimée par la fonction d'exécution du droit communautaire.

La problématique de la transposition des directives, « *mi-législative, mi-exécutive* »⁶, invite, dans ce propos introductif, à poser deux questions⁷. Quelle est la nature de l'acte requis pour transposer la directive ? Ensuite, cette transposition est-elle l'expression d'une compétence discrétionnaire ou d'une compétence liée ?

La réponse à ces deux questions aura **inégalement des répercussions sur l'office du juge administratif chargé de contrôler l'application des directives dans le droit interne.**

1°) La transposition par un acte contraignant : loi ou règlement ?

Quelle est la nature de l'acte requis pour transposer la directive ? La réponse de la Cour de justice de l'Union européenne⁸ est explicite. La transposition de la directive requiert l'adoption, dans un délai requis⁹, d'un acte contraignant; ce qui exclut la transposition par circulaire¹⁰ ou par des instructions de service interne. Dans le même sens, « *de simples pratiques administratives par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable de l'obligation qui incombe aux États membres destinataires d'une directive en vertu de l'article 189*

⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 324

⁶ C. BLUMANN, *Politique agricole commune. Droit communautaire agricole et agro-alimentaire*, Litec, 1996, 555 p., p. 83

⁷ Pour une analyse des exigences de transposition, v. H. PONGÉRARD, *L'application des directives communautaires en droit interne, aspects normatifs*, thèse, Université de la Réunion, Décembre 2000.

⁸ La CJUE appelée jusqu'au traité de Lisbonne entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 la Cour de justice des Communautés européennes. Dès lors pour les affaires antérieures au 1^{er} décembre 2009, il convient de parler de la CJCE, pour les affaires postérieures de la CJUE.

⁹ La C.J.C.E. a précisé le sens de l'expression « dès que possible » que l'on trouve dans certaines directives et en particulier dans la directive qui énonce que la France devait prévoir « dès que possible » après la transposition de la directive un plan de gestion des déchets. La France argumentait qu'aucun délai impératif n'était imposé. La Cour de justice a énoncé que cette expression doit être interprétée en ce sens qu'elle énonce, en principe, un délai raisonnable pour l'exécution, par les autorités compétentes des États membres, de cette obligation particulière. (C.J.C.E., 2 mai 2002, *Commission c/ France*, aff. C-292/99). En l'espèce, la Cour a rappelé que l'obligation de mettre en place des programmes pour l'élimination des déchets toxiques et dangereux a été produite par le droit communautaire en 1978. Cette obligation a par ailleurs été réaffirmée en 1991. Par conséquent, le retard français ne peut être considéré comme raisonnable.

¹⁰ C.J.C.E., 2 décembre 1986, *Commission c/ Belgique*, aff. 239/85, rec. p. 3645.

[devenu 249 CE puis 288 TFUE] *du traité* »¹¹. De telles pratiques ou des actes non contraignants sont jugés insuffisants pour remplir les conditions de publicité, de stabilité, de sécurité juridique nécessaires à la pleine efficacité de la directive¹².

La Cour exige un acte contraignant¹³ qui, selon le principe d'*équipollence*, doit être équivalent à celui qui aurait été pris en droit interne, pour atteindre un objectif analogue¹⁴.

En revanche, la Cour admet que cet acte préexiste à la directive. Elle a souvent rappelé que la « *transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement la reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale expresse et spécifique* »¹⁵. Elle peut « *se satisfaire d'un contexte juridique général dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise* »¹⁶.

L'absence de mesure de transposition se justifie à de strictes conditions. Il revient à l'État membre d'apporter la preuve de l'inutilité de la transposition au regard du contexte juridique général qui garantit déjà l'application de la directive, de façon suffisamment claire et précise¹⁷. Il est exclu que l'État membre se borne à faire un simple renvoi au droit interne en vigueur¹⁸. Il reste impératif que les mesures nationales aient un caractère contraignant et qu'elles aient par la suite fait l'objet d'une publicité suffisante, afin que les citoyens puissent faire valoir leurs droits devant les juridictions. *In fine*, les États communiquent à la Commission des mesures contraignantes adoptées ou celles préexistantes et constituant une transposition anticipée¹⁹.

¹¹ C.J.C.E., 15 mars 1983, *Commission c/ Italie*, aff. 145/82, rec. p. 711. De même, une interprétation juridictionnelle constante, conforme aux exigences de la directive, n'exonère par l'État de son obligation de transposition formelle, C.J.C.E., 19 septembre 1996, *Commission c/ Grèce*, aff. C-236/95, rec. p. I-4459.

¹² C.J.C.E., 6 mars 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 102/78, rec. p. 1473 ; C.J.C.E., 25 mai 1982 (2 arrêts), *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 76/81 et 97/81, rec. p. 1791 et 1819 ; C.J.C.E., 1^{er} mars 1983, *Commission c/ Italie*, aff. 300/81, rec. p. 449, spéc. p. 456 ; C.J.C.E., 15 mars 1983, *Commission c/ Italie*, aff. 145/82, rec. p. 711 ; C.J.C.E., 19 septembre 1996, *Commission c/ Grèce*, aff. C-236/95, rec. p. I-4459 ; C.J.C.E., 16 novembre 2000, *Commission c/ Grèce*, aff. C-214/98, rec. p. I-9601.

¹³ C.J.C.E., 13 octobre 1987, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 235/85, rec. p. 3989 ; C.J.C.E., 15 mars 1990, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. 339/87, rec. p. I-885.

¹⁴ C.J.C.E., 2 décembre 1986, *Commission c/ Belgique*, aff. 239/85, rec. p. 3645 ; CE, 28 septembre 1984, *Confédération des Communautés de protection des animaux*, A.J.D.A., 1984, p. 695, conclusions JEANNENEY.

¹⁵ C.J.C.E., 9 avril 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 363/85, rec. p. 1733.

¹⁶ C.J.C.E., 18 février 1991, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-131/88, rec. p. I-825.

¹⁷ C.J.C.E., 9 septembre 1999, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-217/97.

¹⁸ C.J.C.E., 7 novembre 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-221/94, rec. p. I-5669, *Europe*, janvier 1997, Comm. A. RIGAUX, n°5 ; C.J.C.E., 20 mars 1997, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-96/95, rec. p. I-1653. Pour une position plus nuancée de la Cour, v. C.J.C.E., 29 mai 1997, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. C-300/95, rec. p. I-2649.

¹⁹ Cette notification se réalise sous forme d'un tableau de concordance qui comprend une colonne avec les dispositions de la directive, article par article et une colonne des textes nationaux transposant ou ayant déjà transposé la directive.

L'obligation d'exécution qui pèse sur les États membres est intégrale, ce qui signifie qu'ils ont obligation d'exécuter non seulement la directive en tant que telle, mais qu'ils ont l'obligation de tout faire pour atteindre le résultat prescrit, au risque de voir affectés l'efficacité²⁰ et l'effet utile de la norme communautaire²¹. Du point de vue du droit national, cette obligation d'exécution implique l'édition d'acte contraignant, mais également la disparition des actes contraignants éventuellement contraires aux objectifs de la directive²².

2°) Compétence discrétionnaire ou compétence liée ?

Ensuite, l'acte mis en œuvre est-il l'expression d'une compétence discrétionnaire ou d'une compétence liée ? L'autorité publique dispose-t-elle d'une latitude d'action ou bien la puissance publique est-elle instrumentalisée, comme il en va pour la mise en œuvre des règlements ?

La réponse n'est pas tranchée. Le pouvoir discrétionnaire des États membres dans le choix des moyens dépend de l'intensité normative de la directive. Lorsque les prescriptions ont un caractère extrêmement précis et détaillé, la marge d'appréciation des administrations nationales, quant à la forme et aux moyens, est évidemment réduite. Cette pratique a été critiquée parce qu'elle serait contraire au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale et à la lettre de l'article 288 TFUE.

Certaines directives sont si précises qu'elles ne laissent aucune marge d'appréciation. La Commission en a fait l'observation²³. La frontière apparemment si nette entre la directive et le règlement s'estompe alors. La Cour reconnaît d'ailleurs que « *la compétence laissée aux États membres en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre* »²⁴. Dès lors, la directive peut ne laisser aucune marge de manœuvre, ou quand bien même elle offrirait le choix entre diverses solutions, elle peut ne laisser aucune faculté d'appréciation entre les solutions choisies²⁵. Dans ce cas, l'État se trouve dans une situation de compétence liée et il a l'obligation de transposer la directive, comme s'il exécutait une habilitation figurant dans un règlement.

²⁰ C.J.C.E., 21 juin 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 79/72, rec. p. 667.

²¹ C.J.C.E., 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, rec. p. 497.

²² Sur ce point, voir D. SIMON et A. RIGAUD, « Les contraintes de la transcription en droit français des directives communautaires : le secteur de l'environnement », *RJE*, 1991, p. 269, spéc. p. 301.

²³ Communication de la Commission sur le principe de subsidiarité adressée au Conseil et au Parlement européen (SEC(92)1900 final). La Commission y considère en effet que « dans la pratique la distinction entre règlement et directive s'est estompée parfois pour de bonnes raisons (nécessité de règles uniformes) parfois pour de mauvaises raisons (éviter le détour d'une procédure parlementaire nationale). Quoiqu'il en soit, la directive n'est plus un instrument privilégié par rapport au règlement et lorsqu'il y est fait recours, elle est le plus souvent aussi détaillée qu'un règlement et ne laisse guère de marge de manœuvre pour sa transposition ».

²⁴ C.J.C.E., 23 novembre 1977, *Enka*, aff. 38/77, rec. p. 3303.

²⁵ C.J.C.E., 2 août 1993, *Marshall*, aff. C-271/91, pt 36, rec. p. I-4367. D. SIMON et A. RIGAUD, « L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe ? », *Europe*, octobre 1993, I.

De ces caractéristiques, il résulte que la directive a donc une place particulière dans le bloc de la légalité administrative: elle fait partie du droit dérivé, lequel est assimilé au droit primaire. Ce qui signifie qu'elle a la même valeur juridique que les Traités. Elle jouit donc d'une **primauté** dans l'ordre interne, primauté à laquelle doit veiller le juge administratif. (I).

Ce faisant, le juge a pour mission d'assurer la **justiciabilité de ces directives** – entendue comme la capacité du juge interne à assurer l'efficacité du droit de l'Union européenne et l'effectivité de la protection juridictionnelle de ses sujets -, en particulier lorsque celles-ci ne sont pas (ou imparfaitement) transposées dans l'ordre interne. Le juge administratif français accepte de leur reconnaître un effet direct ascendant et accepte que les directives fassent l'objet d'une invocabilité de réparation. Le juge administratif condamne l'Etat qui ne respecterait pas les obligations découlant des directives ; celui-ci engage alors sa responsabilité (II).

I. LA PRIMAUTÉ DES DIRECTIVES DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

Le juge administratif assure le respect de la primauté de la directive, en veillant à sa régulière transposition, laquelle résulte d'une exigence constitutionnelle (A). Les directives ayant une valeur infra constitutionnelle, mais supra-législatrice et supra-décrétale, le juge administratif garantit leur rang dans l'ordonnement juridique (B).

A. Primauté et transposition

Le Conseil constitutionnel a énoncé que la transposition des directives dans l'ordre interne résultait d'une exigence constitutionnelle (1°). Le Conseil d'Etat, examinant les règlements de transposition des directives, veille au respect de cette exigence posée à l'article 88-1 de la Constitution (2°).

1° L'exigence constitutionnelle de transposition (Décision du 10 juin 2004)

L'obligation pour l'Etat d'assurer la complète réception des règles posées par une directive a désormais un ancrage constitutionnel.

a. Une exigence constitutionnelle, sauf en cas d'atteinte à l'identité constitutionnelle de la France

Dans sa décision du 10 juin 2004, dite *loi pour la confiance dans l'économie numérique*²⁶, le Conseil constitutionnel devait se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi de transposition d'une directive. Il a énoncé à cette occasion que la transposition des directives en droit interne résulte d'une exigence constitutionnelle : « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la*

²⁶ CC, Décision n°2004-496 du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

Constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ». Plus précisément, pour le Conseil constitutionnel ne peuvent pas être contestées les dispositions d'une loi qui « tirent les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises » d'une directive, sauf disposition expresse contraire de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a précisé et concrétisé cette jurisprudence de 2004 dans ses décisions des 27 juillet 2006²⁷ et 30 novembre 2006²⁸. Il y réaffirme tout d'abord que la transposition en droit interne d'une directive résulte d'une exigence constitutionnelle et qu'il lui appartient par suite, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution, de veiller au respect de cette exigence. Ces décisions peuvent donc être considérées comme dérogatoires par rapport à la jurisprudence *IVG* du 15 janvier 1975 puisque le Conseil constitutionnel accepte de contrôler la loi au regard de la directive transposée. En revanche si la loi ne vise pas à transposer une directive, il ne lui appartient pas d'examiner la compatibilité de la première au regard de la seconde.

Le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision du 30 novembre 2006 que ce contrôle est soumis à une limite : « la transposition de la directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti »²⁹. Le Président Mazeaud explique cette limite par la démonstration suivante : « le droit européen, si loin qu'aillent sa primauté et son immédiateté ne peut remettre en cause ce qui est expressément inscrit dans nos textes constitutionnels et qui nous est propre. Je veux parler de tout ce qui est inhérent à notre identité constitutionnelle, au double sens du terme "inhérent" : crucial et distinctif. Autrement dit, l'essentiel de la République ».³⁰

Le Conseil constitutionnel ne saurait donc déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer. C'est ainsi que dans la décision

²⁷ CC n° 2006-540 du 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

²⁸ CC n°2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, *GDCC*, 15^{ème} ed, n°46.

²⁹ Le Conseil constitutionnel abandonne le moyen tiré d'une violation d'une disposition expresse de la Constitution pour retenir la violation d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Cette expression n'est pas réellement plus précise ; pour la critique, v. D. Simon, « L'obscurité de la jps du Conseil constitutionnel relative à la transposition des directives communautaires », *Europe*, octobre 2006, alerte n°42. Cette hypothèse couvre de rares cas, relatif à la violation des articles 1 et 3 de la Constitution, comme la violation du principe de laïcité ou encore la définition du corps électoral politique ou encore la défense de la propriété publique (hypothèses relevées par M. GUYOMAR, dans ses conclusions sous l'arrêt *Arcelor*, *RFDA*, 2007, p. 384).

³⁰ Échange de vœux à l'Élysée. Vœux du Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud au Président de la République. Discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Élysée, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°18, 2005, pp. 3-18.

du 30 novembre 2006, il a censuré les dispositions de la loi relative au secteur de l'énergie incompatibles avec la directive qu'elle transposait car elles violaient en cela l'obligation constitutionnelle de transposition prévue à l'article 88-1 de la Constitution.

b. Une exigence constitutionnelle concernant les dispositions inconditionnelles et précises des directives.

Le Conseil constitutionnel exige, pour que la loi puisse être confrontée à la directive, que les dispositions de cette dernière soient inconditionnelles et précises. Cette exigence est fréquemment remplie. En théorie, la directive est « *plus souple - que le règlement - et plus respectueuse des particularités nationales* »³¹. Pourtant, la pratique institutionnelle tend à rapprocher le contenu normatif des règlements et des directives, provoquant une dilution progressive de la distinction.

Le contenu des directives est toujours plus précis, ne laissant guère de choix aux États quant aux moyens pour parvenir au résultat fixé. Pour des raisons d'application uniforme du droit communautaire, l'encadrement normatif s'avère particulièrement contraignant, au point que certaines directives sont qualifiées de « *lourdes* »³². Le cas se présente lorsque la directive impose un résultat qui ne peut, techniquement, être atteint que par une voie. La Cour de justice a conforté cette pratique en jugeant qu'il résulte de l'alinéa 3 de l'article 249 CE (ancien article 288 TFUE) que « *la compétence laissée aux États membres en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre* »³³. La Cour de justice est exigeante dans l'appréciation de l'obligation de résultat ; elle impose aux États membres une quasi-obligation de moyens. L'avocat général Fennelly le rappelait : « *les mesures présentées comme une transposition adéquate de ces dispositions de la directive par l'État (...) doivent donc être appréciés en fonction de la question de savoir si elles garantissent que ces objectifs seront atteints* »³⁴. Certains objectifs peuvent être extrêmement précis et placer dès lors l'État en situation de compétence liée.

³¹ G. ISAAC et M. BLANQUET, Droit communautaire général, p. 129.

³² C. BLUMANN, La fonction législative communautaire, L.G.D.J., Systèmes, 1995, 175 p., p. 40.

³³ C.J.C.E., 23 novembre 1977, Enka, aff. 38/77, rec. p. 2203, pt 11.

³⁴ C.J.C.E., 6 avril 2000, Commission c/ République française aff. C-256/98, pt 17, concl. FENNELY du 16 septembre 1999, pt. 17. En ne prenant pas, dans le délai prescrit, toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à l'article 6, paragraphes 3 et 4, de la directive 92/43/CEE du Conseil, du 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive.

Depuis les années soixante, les États membres, la France en particulier, critiquent cette dérive³⁵ ; d'autant qu'elle s'accompagne d'une confusion en sens inverse, à savoir d'un glissement des règlements vers les directives, certains règlements ayant un contenu essentiellement prescriptif, laissant une large marge de manœuvre aux États membres pour l'appliquer³⁶.

Point n'est besoin de grossir le trait de ce rapprochement normatif qui exprime une tendance, plus qu'une véritable transformation de la production normative de l'Union. Elle n'est pas l'annonce d'une fusion des outils normatifs. La distinction entre la directive et le règlement reste essentielle pour la Commission et le Conseil, à cet égard l'Union n'a pas choisi de renoncer à l'un ou l'autre de ces instruments lors de l'adoption du traité de Lisbonne. Elle leur permet de choisir un mode d'action approprié au regard d'une situation donnée.³⁷

La directive, même si elle se « réglementarise », reste un instrument essentiel et irréductible de l'activité normative communautaire. La consécration du principe de subsidiarité par le traité sur l'Union européenne l'a confirmé. Ainsi, dans le domaine des compétences partagées, la directive, de préférence « légère », reste l'instrument le plus approprié³⁸.

³⁵ Parmi les raisons ayant conduit à la crise de la « chaise vide » en 1965-1966, le gouvernement français reprochait aux institutions communautaires l'excès de précision des directives. Voir en ce sens, le « Décalogue » du 17 janvier 1966, Bull. CE 3/66, p. 6. Le reproche a été également formulé par les parlementaires, s'agissant de la transposition de la VI^e directive TVA du 17 mai 1977 (*J.O.R.F.*, Ass. Nat., débats, séance du 30 novembre 1978, p. 8571).

³⁶ Ainsi, le règlement agricole du 17 juillet 1984, relatif à la mise en place de mécanismes de sanctions à l'encontre des producteurs d'huile d'olive fraudeurs, prévoit, en son article 2, que « les États membres producteurs prennent les mesures spécifiques appropriées pour sanctionner toute infraction au régime d'aide à la production » (règlement du 17 juillet 1984, n°2726/84). De même, le règlement du 25 avril 1988 relatif au régime d'encouragement à la cessation de l'activité agricole laisse une grande liberté d'appréciation aux États membres (règlement du 25 avril 1988, *J.O.C.E.*, L110, 29 avril 1988).

³⁷ Le plus souvent, le pouvoir réglementaire s'exerce en matière de compétences transférées à la Communauté – le règlement exprime le désaisissement des États membres –. La directive est choisie lorsque les compétences sont encadrées ou coordonnées, c'est-à-dire lorsque l'État conserve en ces matières son pouvoir normatif. Cela étant, ce partage n'est pas rigide et les institutions européennes peuvent le contourner : une matière, telle que la politique agricole commune, relevant pourtant d'une compétence communautaire exclusive, peut réclamer un encadrement seulement directif. De la même manière, la libre circulation des personnes et des services, domaine relevant pourtant d'une compétence encadrée, peut nécessiter des prescriptions précises et détaillées.

³⁸ Voir en ce sens le rapport de la Commission au Conseil européen, « Mieux légiférer 2000 (conformément à l'article 9 du Protocole du traité CE sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité), 30 novembre 2000, COM (2000) 772 final.

2°) Le contrôle des règlements de transposition : l'arrêt *Arcelor*

Fort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans sa décision *Arcelor*³⁹, le Conseil d'Etat a fait sienne la constitutionnalisation de la directive communautaire.

Dans cette affaire était en cause le décret n°2004-832 du 19 août 2004 transposant la directive adoptée dans le cadre du protocole de Kyoto qui créait un échange de quotas de gaz à effet de serre⁴⁰. La société Arcelor et d'autres industries sidérurgiques soutenaient que le décret était contraire à différents principes de valeur constitutionnelle. Conformément à la jurisprudence *Alitalia*, elles avaient demandé l'abrogation du décret qu'elles estimaient illégal.

Saisi par ces entreprises, d'un recours contre les décisions implicites de rejet de leur demande d'abrogation, le Conseil d'Etat a écarté les moyens tirés de la violation des principes à valeur constitutionnelle relatifs au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre, mais a admis, s'agissant du principe d'égalité, que la critique de la constitutionnalité du décret à cet égard revenait à mettre en cause la compatibilité, avec le principe d'égalité, de la directive elle-même.

Le Conseil d'Etat affirme qu'en égard aux dispositions de l'article 88-1 de la Constitution, selon lesquelles « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* » et dont découle une obligation constitutionnelle de transposition des directives, « *le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires assurant directement cette transposition est appelé à s'exercer selon des modalités particulières dans le cas où sont transposées des dispositions précises et inconditionnelles* ». C'est uniquement parce que le règlement reprend exactement les termes de la directive que les modalités de contrôle sont particulières⁴¹.

Tout en rappelant la suprématie de la constitution dans l'ordre juridique interne, le Conseil d'Etat a considéré que, compte tenu de la couverture constitutionnelle de l'article 88-1 de la constitution, il ne pouvait procéder à un contrôle de constitutionnalité des dispositions transposant mécaniquement une directive communautaire, que pour autant que n'existe pas de règle ou de principe général du droit communautaire qui garantisse l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel en cause.

³⁹ CE, Ass. 8 févr. 2007, n° 287110, *Soc. Arcelor Atlantique et Lorraine*, *RFDA* 2007, p. 384 concl. M. GUYOMAR. Sur cet arrêt, voir, parmi de nombreux commentaires, P. CHRESTIA, *LPA* 2007, n° 157, p. 11 ; X. MAGNON, *RFDA*, 2007, p. 578 ; M. GAUTIER et F. MELLERAY, *Droit adm.* 2007, étude 7. A. LEVADE, *RFDA* 2007, p. 564 ; J. ROUX, *RDJ* 2007, p. 10312 ; D. SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'Etat : le grand ralliement à l'Europe des juges », *Europe*, 2007, étude 3.

⁴⁰ Directive n°2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive n°96/61/CE du conseil, *JOCE*, n°L275 du 25 octobre 1983, pp. 32-46.

⁴¹ On peut parler ici de « décret-miroir » : v. M. GAUTIER et F. MELLERAY, « Le Conseil d'Etat et l'Europe : fin de cycle ou nouvelle ère ? A propos des arrêts d'assemblée du 8 février 2007 », *Droit administratif*, mai 2007, étude 7, pp. 9-17.

Dans le cas contraire, le juge national doit opérer une « *translation* » (selon l'expression du commissaire du gouvernement Mattias Guyomar dans ses conclusions⁴²) ; si bien que la contestation de la constitutionnalité de la directive s'analysera alors comme une critique de sa validité au regard du droit de l'Union européenne lui-même, laquelle relève obligatoirement de la compétence exclusive de la Cour de justice. Ceci a conduit le Conseil d'Etat à poser à la Cour de justice une question préjudicielle en appréciation de validité de la directive au regard du principe communautaire d'égalité, en tant que cette dernière rend applicable le système de quotas de gaz à effet de serre aux entreprises sidérurgiques et non aux industries de l'aluminium et du plastique.

En réponse, la Cour de justice énoncera que la directive relative aux quotas de gaz à effet de serre n'est pas incompatible avec le principe général d'égalité⁴³. Dans ses conclusions, l'Avocat général Poiares Maduro a salué l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il le félicite d'avoir réussi « *l'exercice impossible de devoir concilier l'inconciliable* », à savoir garantir la compatibilité de la réglementation interne avec la norme constitutionnelle suprême, tout en respectant la primauté existentielle du droit communautaire. Selon l'Avocat général, « *en réalité ce que le Conseil d'État demande à la Cour, c'est non pas de vérifier la conformité d'un acte communautaire avec certaines valeurs constitutionnelles nationales, – il ne pourrait d'ailleurs pas le faire –, mais de contrôler sa légalité à la lumière de valeurs constitutionnelles européennes analogues. C'est par cette voie que ce qui semblait, à première vue, irréconciliable, a été en fait réconcilié. L'Union européenne et les ordres juridiques nationaux sont fondés sur les mêmes valeurs juridiques fondamentales. Tandis qu'il est du devoir des juges nationaux de garantir le respect de ces valeurs dans le champ d'application de leurs constitutions, il est de la responsabilité de la Cour d'en faire de même dans le cadre de l'ordre juridique communautaire.* » (Concl. pt 17)

Grâce au dispositif résultant de l'arrêt *Arcelor*, la primauté existentielle de la directive est garantie dans l'ordre interne, en même temps qu'est contrôlée la compatibilité de la réglementation interne de transposition avec les dispositions constitutionnelles. Ce faisant, il appartient également au juge administratif de veiller au respect de la primauté de la directive dans le bloc de la légalité : son respect s'impose dans la hiérarchie des normes non seulement aux actes réglementaires, mais aussi aux lois.

B. Primauté et contrôle de légalité

La primauté de la directive s'exerce à l'égard des règlements (1°) mais également des lois (2°).

⁴² RFDA 2007, p. 384, spéc. p. 394.

⁴³ CJCE, grande ch., 16 déc. 2008, aff. C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et a.*

1°) Primauté de la directive sur les règlements

Les Etats sont soumis à une double obligation : ils doivent transposer la directive dans l'ordre interne, mais il doivent également tout faire pour annihiler les actes contraires au droit communautaire. Tout en refusant encore la justiciabilité maximale des directives⁴⁴, le juge administratif entend très largement leur invocabilité⁴⁵. Le Conseil d'Etat a progressivement multiplié le nombre des cas dans lesquels elles peuvent être invoquées, par voie d'action, comme par voie d'exception. « *En dépit des limites de son intensité normative - puisqu'elle ne lie les Etats que quant au résultat à atteindre* »-, le Conseil d'Etat a « *accepté de faire de la directive une norme de référence* »⁴⁶.

Le juge administratif a donc fort logiquement censuré les actes réglementaires incompatibles avec les objectifs d'une directive. Un requérant peut se prévaloir d'une directive contre les mesures réglementaires prises pour son application. Cette invocabilité, par voie d'action des directives, vaut contre toutes les mesures réglementaires ultérieures, qu'elles en assurent la transposition ou simplement qu'elles relèvent de leur champ d'application⁴⁷.

Les États membres ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, laisser subsister de dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec le droit communautaire. Il s'agit de l'obligation d'abroger les actes inconvencionnels. Elle concerne non seulement les règlements devenus illégaux à la suite de changements de circonstances postérieures à leur édicition, mais aussi les règlements illégaux *ab initio*⁴⁸.

Ensuite, l'administration a interdiction d'appliquer des actes contraires au droit communautaire. Elle doit ainsi éliminer de l'ordonnancement juridique national toutes les mesures tant législatives qu'administratives qui s'avèreraient inconvencionnelles pour appliquer directement les dispositions communautaires qui s'imposent à elle.

La jurisprudence *Alitalia* fait la synthèse des obligations de faire : les autorités nationales « *sont tenues d'adapter leur réglementation et leur législation aux directives qui leur sont destinées* » et « *ne peuvent légalement, après l'expiration*

⁴⁴ CF *infra*, le Conseil d'Etat admet l'effet direct vertical mais non horizontal. P. DEMAYE, « Le juge administratif et les directives communautaires », P.A., 17 octobre 2000, n°207, pp. 4-11 ; J.-M. FÉVRIER, « Le juge administratif et les directives communautaires », D.A., décembre 2000, chron n°21, pp. 6-12.

⁴⁵ Pour une étude exhaustive de la question, P. CASSIA, « L'invocabilité des directives communautaire devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », R.F.D.A., 2002, pp. 20-32.

⁴⁶ Observation faite par M. GUYOMAR dans ses conclusions sous l'arrêt Perreux.

⁴⁷ CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française et autres*, Leb. 512. CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature et autres*, Leb. 410. Comme l'expliquait O. DUTHELLET DE LAMOTHE, dans ses conclusions sur cette dernière affaire : « *si les autorités nationales sont tenues [...] d'adapter leur législation et leur réglementation aux directives qui leur sont destinées, elles sont a fortiori tenues de ne pas adopter de dispositions réglementaires qui vont directement à l'encontre d'une directive* ».

⁴⁸ CE, 12 mai 1976, *Leboucher et Tarandon*, Leb. p. 246.

des délais impartis, laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par la directive »⁴⁹.

2°) Primauté de la directive sur la loi

Après avoir accepté de vérifier la compatibilité d'une loi avec le traité dans le célèbre arrêt *Nicolo* en 1989⁵⁰, le Conseil d'Etat a rapidement étendu cette jurisprudence aux rapports entre la loi nationale et la directive communautaire dans l'arrêt *Rothmans*⁵¹. L'incompatibilité d'une loi avec les objectifs d'une directive entache la légalité des actes administratifs, pris sur le fondement de cette loi.

Cette logique a encore été étendue : désormais, le Conseil d'État admet depuis l'arrêt *Tête* en 1998 que soit contestée, par voie d'exception la compatibilité de « règles nationales » qui recouvrent notamment les règles non écrites, avec les objectifs d'une directive⁵².

Cette obligation allait-elle pouvoir être étendue à la loi inconstitutionnelle ? Il est évident que le juge administratif ne peut imposer au législateur de modifier ou d'abroger une loi. Il y est pourtant parvenu dans l'arrêt du 3 décembre 1999, dans l'affaire *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants à la chasse*⁵³. Le juge administratif était saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite de refus du Premier ministre d'engager la procédure de délégalisation, afin de modifier par décret les dispositions de la loi du 15 juillet 1994 de manière à les mettre en conformité avec les objectifs de la directive « oiseaux sauvages » de 1979⁵⁴. La solution est alors la suivante : s'il incombe au Premier ministre de tirer les conséquences de ce que les dispositions d'une loi sont incompatibles avec les objectifs d'une directive, « il dispose cependant pour le faire d'un large pouvoir d'appréciation quant à la détermination de la date et de la procédure appropriée pour parvenir à cette fin ».

⁴⁹ CE, Ass, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Leb. p. 44 ; conclusions CHAHID-NOURAI et notes O. BEAUD et L. DUBOIS, *R.F.D.A.*, 1989, p. 391 et s ; *A.J.D.A.*, 1989, p. 387.

⁵⁰ CE, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Leb. 190, conclusions FRYDMAN.

⁵¹ CE, Ass., 28 février 1992, *S.A. Rothmans international France et S.A. Philip Morris France*, Leb. 81. L. DUBOIS, « Directive communautaire et loi française : primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donné de ses dispositions », *R.F.D.A.*, 1992, n°3, pp. 425-433.

⁵² CE, Ass, 6 février 1998, *Tête*, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *A.J.D.A.*, 1998, p. 403. CE, Sect, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr et autres*, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, *A.J.D.A.*, 1998, p. 553.

⁵³ CE, Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et rassemblement des opposants à la chasse* (ci-après AOMSL) et *Association France nature environnement*. Commentaire P. CASSIA et E. SAULNIER, « Le Conseil d'État et la primauté du droit communautaire : nouvelles variations sur la hiérarchie des normes », *R.D.P.*, 2000, n°1, pp. 289-318 ; A. ROBLOT, « L'obligation d'assurer l'application des directives communautaires ou comment se soumettre sans se démettre », *P.A.*, 7 mars 2000, n°47, pp. 15-23 ; R. ROMI, « L'inapplicabilité de la loi de 1998 relative aux dates d'ouverture et de fermeture de la chasse », *P. A.*, n°30, 11 février 2000.

⁵⁴ Sur la contradiction de ces lois avec les objectifs de la directive de 1979, voir E. SAULNIER, « La loi du 3 juillet 1998 sur la chasse et le droit communautaire : *Error communis facit jus* », *Revue de droit rural*, août-septembre 1999, p. 402-409.

Ainsi, le Premier ministre a une obligation de résultat : celle de mettre en œuvre une procédure tendant à l'abrogation ou à la modification d'une loi contraire à une directive européenne. Mais il conserve toutefois la liberté de choisir le moment et les moyens de parvenir à cette fin. De fait, l'administration est aujourd'hui contrainte en vertu de cette jurisprudence, non seulement d'abroger les actes dont elle est l'auteur, mais aussi par l'intermédiaire du Premier ministre⁵⁵, ceux qui émaneraient du pouvoir législatif et seraient contraires au droit communautaire. Mais « *dans le premier cas, l'obligation est absolue en application de la jurisprudence Alitalia alors qu'elle n'est que relative dans le second parce que tributaire de la liberté d'appréciation procédurale et temporelle qui est reconnue au Premier ministre* »⁵⁶. Pour abroger, l'administration doit avoir été saisie de conclusions en ce sens. Elle n'a toutefois jamais l'obligation de déférer à une demande d'abrogation, elle dispose d'un pouvoir d'appréciation de l'inconventionnalité de l'acte.

Ces arrêts font obligation au pouvoir exécutif de tout mettre en œuvre pour assurer l'application du droit de l'Union européenne. Cette obligation « *d'assurer l'application du droit communautaire* » a un champ plus étendu que la traditionnelle obligation de transposer les directives.

Il faut préciser que dans toutes ces hypothèses, la prévalence de la directive n'est pas subordonnée à son caractère inconditionnel et précis. Même si les Etats ont une réelle marge d'appréciation, le juge vérifie que les autorités nationales respectent l'objectif visé par la directive et n'outrepassent pas cette marge d'appréciation. La primauté de la directive par le mécanisme de « *l'invocabilité d'exclusion* »⁵⁷ est donc garantie, de façon bien établie dans la jurisprudence administrative. Autre est la question de leur justiciabilité. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil d'Etat a récemment évolué vers une justiciabilité renforcée.

II. La justiciabilité des directives devant le juge administratif

La notion de justiciabilité s'entend comme « *la capacité du juge interne à assurer l'efficacité du droit communautaire et l'effectivité de la protection juridictionnelle de ses sujets* »⁵⁸.

Elle désigne la création de droits et obligations pour les particuliers ; l'acte en cause (ici la directive) est susceptible de compléter directement leur patrimoine juridique, il peut être opposé ou invoqué devant le juge, qui a « *l'obligation de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève* »⁵⁹.

⁵⁵ Le Gouvernement peut déposer un projet de loi modificatif ou abrogatif ou bien il peut, si les dispositions relèvent de l'article 37, utiliser la procédure constitutionnelle de délégalisation.

⁵⁶ G. ALBERTON, op. cit., p. 12.

⁵⁷ Voir en ce sens les conclusions de M. GUYOMAR sous l'arrêt *Perreux*. Le Commissaire du Gouvernement, sur la classification établie par D. SIMON, dans son ouvrage *Le système juridique communautaire* (PUF, 3^{ème} éd.) distingue l'invocabilité d'exclusion (ici présentée) de l'invocabilité de substitution (présentée infra dans le II A) qui consiste à donner son plein effet direct à la directive.

⁵⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^{ème} éd., p. 323.

⁵⁹ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 248.

Cette capacité à être source de légalité dans l'ordre juridique national, à être source de droit, c'est ce que G. Isaac nomme « *l'applicabilité directe* » et que D. Simon, R. Kovar et J. Rideau, appellent l'effet direct. La Cour de justice a énoncé que cette effectivité directe consiste « *dans le droit des justiciables à s'en prévaloir en justice* »⁶⁰.

Cette justiciabilité se divise en deux branches : la reconnaissance de l'invocabilité maximale des directives, autrement dit la reconnaissance de leur effet direct par le juge administratif (A) et d'autre part, l'invocabilité de réparation qui consiste en l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour manquement aux obligations nées d'une directive européenne (B).

L'effet direct des directives

Est-il possible d'invoquer une directive, non transposée, à l'issue du délai fixé pour ce faire, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel ? Telle est la question tenant à l'effet direct des directives. Nous avons vu précédemment que les directives étaient largement invocables par les particuliers à l'appui de leur recours, notamment par la voie de l'exception d'illégalité, mais qu'en est-il s'agissant de l'invocation de la directive directement au soutien la contestation d'un acte administratif individuel ? Si le juge de l'Union européenne comme le juge administratif français admettent un effet direct vertical ascendant (1°), ils refusent de lui conférer un effet direct horizontal (2°).

1°) L'effet direct vertical ascendant

a) La position de la Cour de justice de l'Union européenne

En 1974, dans l'arrêt *Van Duyn*, le juge de Luxembourg a conféré un effet direct aux directives⁶¹, alignant ses effets sur ceux du règlement et du droit primaire qu'il avait consacrés dans l'arrêt *Van Gend en Loos*. Il se fonde d'une part sur « *l'effet contraignant* » reconnu à la directive par l'article 249 CE (devenu 288 TFUE). Leur « *effet utile* » en serait affaibli si les institutions communautaires et les ressortissants des États membres ne pouvaient l'invoquer en justice.

Il faut toutefois distinguer les directives transposées, de celles qui n'ont pas fait l'objet des mesures internes d'exécution requises.

⁶⁰ C.J.C.E., 19 février 1982, Ursula Becker, aff. 8/81, rec. p. 53 ; C.J.C.E., 22 juin 1989, Fratelli Constanzo, aff. 103/88, rec. p. 1839.

⁶¹ « Si en vertu des dispositions de l'article 189 (devenu 245 CE), les règlements sont directement applicables et par conséquent susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire des effets analogues » (C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, rec. p. 1337). Voir aussi l'arrêt *Sace*, dans lequel la Cour reconnaît implicitement l'effet direct de la directive (C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Sace*, aff. 33/70, rec. p. 1213).

Lorsque la directive a été transposée correctement, elle n'a pas d'effet direct⁶². L'effet direct appartient à la mesure nationale d'exécution.

En revanche, lorsque la directive n'a pas été transposée, ou ne l'a pas été correctement, la règle *nemo auditur* implique que l'État ne puisse opposer aux justiciables le non accomplissement de ses obligations de transposition⁶³. Lorsque la directive a été mal ou non transposée à l'expiration du délai, qu'elle est inconditionnelle et suffisamment précise, le juge interne est tenu de l'appliquer. Elle produit alors un effet direct *per se*. Ses dispositions peuvent donc être invoquées par les justiciables⁶⁴. Ils peuvent, lorsqu'elle leur confère des droits, s'en prévaloir devant le juge⁶⁵, mais ils peuvent également l'invoquer contre les dispositions nationales non conformes à la directive.

Pour le cas des directives qui ont fait l'objet d'une transposition imparfaite, le juge leur confère un effet direct, lorsque les mesures nationales d'application sont incompatibles⁶⁶ ou insuffisantes⁶⁷.

En toute logique, elle ne peut être opposée par l'État aux particuliers : celui-ci ne peut se prévaloir d'une directive qu'il n'aurait pas transposée dans les délais⁶⁸.

Dans le même sens, dans l'arrêt *Marshall*⁶⁹, la Cour de justice a précisé que les justiciables ne peuvent se prévaloir d'une disposition qu'à l'encontre de l'État, agissant en qualité d'employeur ou d'autorité publique. Il convient d'éviter que l'État puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire. La Cour a exclu que la disposition puisse être invoquée à l'encontre d'un particulier, dans la mesure où une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligation dans le chef d'un particulier. C'est ainsi que les directives inconditionnelles et suffisamment précises ont seulement un effet direct vertical, et non un effet direct horizontal⁷⁰.

⁶² C.J.C.E., 5 avril 1979, *Ministère public c/ Ratti*, aff. 148/78, rec. p. 1629. « Dans tous les cas où une directive est correctement mise en œuvre, ses effets atteignent les particuliers par l'intermédiaire des mesures d'application prises par l'État concerné. Par contre, des problèmes particuliers se posent au cas où un État membre n'a pas correctement exécuté une directive et, plus spécialement, dans le cas où les dispositions d'une directive sont restées inexécutées à l'expiration du délai fixé pour sa mise en œuvre ». Voir dans le même sens, C.J.C.E., 15 juillet 1982, *Felicitas c/ Finanzamt für Verkehrefteuern*, aff. 270/81, rec. p. 2771

⁶³ La Cour énonce que l'État « qui n'a pas pris dans les délais les mesures d'exécution imposées par la directive ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte », C.J.C.E., 19 janvier 1982, *Ursula Becker*, aff. 8/81, rec. p. 53.

⁶⁴ Sur ces questions, voir R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum P. PESCATORE*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 359.

⁶⁵ C.J.C.E., 5 avril 1979, *Ministère public c/ Ratti*, aff. 148/78, rec. p. 1629.

⁶⁶ C.J.C.E., 23 novembre 1977, *Enka*, aff. 38/77, rec. p. 2203.

⁶⁷ C.J.C.E. 28 octobre 1975, *Rutili c/ Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, rec. p. 1219.

⁶⁸ C.J.C.E., 23 novembre 1977, *Enka*, aff. 38/77, rec. p. 2203.

⁶⁹ C.J.C.E., 26 février 1986, *Marschall*, aff. 152/84, rec. p. 737, pt 49.

⁷⁰ Malgré les conclusions de plusieurs avocats généraux, MM. VAN GERVEN dans l'affaire *Marshall II* (C.J.C.E., 2 août 1993, aff. C-271/91, rec. p. I-4337, spéc. p. I-4387, pt 12), JACOBS dans l'affaire *Vaneetveld* (C.J.C.E., 3 mars 1994, aff. C-316/93, rec. p. I-763, spéc. p. I-770), LENZ dans l'affaire *Faccini*

La possibilité d'invoquer une disposition inconditionnelle et suffisamment précise d'une directive, à l'encontre d'un État membre, est donc clairement liée à la circonstance que l'État membre a omis de transposer, dans les délais et de manière correcte, la directive dans son droit national⁷¹, en vertu du principe *nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans*. Les particuliers peuvent ainsi invoquer la carence de l'État quelle que soit la qualité dans laquelle il agit⁷². La Cour a retenu une acception extensive de la notion d'État, se ralliant en cela aux conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn qui soulignait que « *le terme d'État doit recevoir une large acception et viser tous les organes de l'État* »⁷³.

Les juridictions européennes se sont progressivement alignées sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg pour reconnaître un effet direct vertical aux directives non transposées. Tel est désormais le cas en Allemagne, au Royaume-Uni, en Belgique, en Espagne, en Grèce, au Portugal et en Italie.

En France, la Cour de cassation admet l'effet direct vertical ascendant de certaines dispositions de directives non transposées⁷⁴. Elle refuse, en toute logique, d'appliquer les dispositions invoquées lorsque la directive laisse une marge d'appréciation aux États membres⁷⁵. En revanche, comme la Cour de justice, elle refuse de leur reconnaître un effet direct horizontal⁷⁶.

b) Le ralliement du Conseil d'Etat en 2009

i) La jurisprudence Cohn-Bendit de 1978

Dans la jurisprudence *Cohn-Bendit*⁷⁷, le Conseil d'Etat a posé le principe selon lequel les autorités compétentes sont tenues, sous le contrôle des juridictions nationales, d'adapter la législation et la réglementation afin d'atteindre le

Dori (C.J.C.E., 14 juillet 1994, aff. C691/92, rec. p. I-3325, spéc. p. I-3338), cette position de la Cour peut être tenue pour acquise.

⁷¹ C.J.C.E., 26 février 1986, *Marschall*, aff. 152/84, rec. p. 737, pt 49. Cf *infra* II. A. 2°)

⁷² Sur les difficultés de marier les dispositions des directives communautaires auxquelles est reconnu un effet direct vertical avec les droits nationaux, voir la contribution de F. GREVISSE dans les mélanges SCHOCKWEILER qui présente une analyse détaillée de la jurisprudence (F. GREVISSE, « cinquante des directives et le droit national », *Mélanges SCHOCKWEILER*, 1999, pp. 151-167). Sur le même thème, voir V. HAÏM, « La jurisprudence sur les directives communautaires. La nécessité d'une évolution », *A.J.D.A.*, 1995, pp. 274-277.

⁷³ Conclusions, C.J.C.E., 26 février 1986, *Marschall*, aff. 152/84, rec. p. 735.

⁷⁴ V. notamment 1^{ère} civ. 23 novembre 2004 n° 03-10636 Bull. 2004 I. n° 280 s'agissant de la directive du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise

⁷⁵ 2^e civ. 3 avril 2003 01-21266 Bull. civ. 2003 II n° 101 s'agissant de la directive du 5 avril 1993 dont la Cour relève qu'elle « n'affecte pas la compétence des États membres d'organiser leur régime national de sécurité sociale »).

⁷⁶ Comm. 27 février 1996, n° 94-14141 Bull. civ. 1996 IV n° 64 : « selon l'article 189 du Traité, le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de tout État membre destinataire et il s'ensuit qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef, d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne »

⁷⁷ CE, Ass., 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, Leb. p. 524.

résultat fixé par les directives communautaires. Toutefois, le commissaire du Gouvernement Genevois tirait de ce raisonnement une conclusion simple, claire et nette : « *une directive ne peut avoir, par elle-même, d'effet direct dans un Etat membre sauf s'il s'agit en réalité d'un règlement* ».

Le juge administratif a suivi ces conclusions, refusant de reconnaître un effet direct aux directives⁷⁸. Le Conseil d'État a considéré que les directives ne comportent d'obligations qu'à l'égard des États qui en sont les destinataires. Par conséquent, quel que soit leur degré de précision, elles ne sauraient conférer directement des droits dans le chef des particuliers. Le juge administratif a refusé de reconnaître un caractère directement applicable et donc directement invocable des directives, en contradiction avec la jurisprudence de Luxembourg⁷⁹.

Il en résultait que les ressortissants des Etats membres ne pouvaient se prévaloir, devant le juge national, directement des droits que leur conférerait une directive pour obtenir l'application de celle-ci en lieu et place d'un texte national inexistant ou non-conforme à ses dispositions.

Néanmoins ils pouvaient toujours obtenir du juge qu'il paralyse l'application de la règle nationale qui méconnaîtrait cette directive. Le Conseil d'Etat a laissé ouverte la possibilité d'introduire un recours contre les mesures nationales réglementaires prises pour l'application de la directive, de mettre en cause un acte contraire à une directive et éventuellement l'absence de mesures d'application administrative ou l'absence de modification des règles en vigueur non compatibles.

ii) Le revirement Perreux du 30 octobre 2009.

« *Il est des isolements splendides ; d'autres sont pathétiques. Le vôtre, sur la question qui nous intéresse aujourd'hui, échappe à ces deux qualificatifs* » soulignait le commissaire du Gouvernement M. Guyomar, s'adressant dans ses conclusions au Conseil d'Etat, sous l'arrêt *Perreux* du 20 octobre 2009⁸⁰. Au terme d'une démonstration très argumentée, M. Guyomar invite le Conseil d'Etat à

⁷⁸ Après avoir rappelé qu'« *il ressort clairement de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que si [les] directives lient les Etats membres « quant au résultat à atteindre » et si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des Etats membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne* », elle en déduit « *qu'ainsi, quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des Etats membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces Etats à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel* ».

⁷⁹ cf *supra*.

⁸⁰ Parmi de nombreux commentaires, voir notamment M. GAUTIER, « O tempora, o mores... Le Conseil d'État et les directives communautaires . - (à propos de l'arrêt CE, ass., 30 octobre 2009, Perreux) », *Droit administratif*, n° 12, décembre 2009, étude 21 ; D. SIMON, « « Yes we can »... - ou comment l'Assemblée du contentieux donne le coup de grâce à une jurisprudence moribonde... », *Europe* n° 12, Décembre 2009, repère 11 ; F. Chaltiel, « Le juge administratif se reconnaît pleinement juge de droit commun du droit européen », *PA*, 2010, n° 119, page 7 – 10 ; M. CANEDO-PARIS, « Le double apport de l'arrêt Mme Perreux: irrecevabilité des directives, charge de la preuve », *RFDA*, 2010, p. 126 ; L. COUTRON, « La lente conversion du Conseil d'Etat à l'effet direct des directives », *AJDA*, 2010, n° 25, p. 1412 ; O. DUBOS, « Le pragmatisme communautaire du Conseil d'Etat », *JCP A*, 25 janvier 2010, 2036.

mettre un terme à son désaccord de principe avec la Cour de justice. « *Trois séries de considérations tenant respectivement à l'existence de nouvelles circonstances de droit*⁸¹, à l'évolution de l'office du juge administratif et à l'efficacité inégalable de l'invocabilité de « substitution » » ont fondé sa conviction.

Suivant les conclusions, le Conseil d'Etat a accepté de reconnaître un effet direct ascendant aux directives.

Trois conditions sont requises. La première condition tient au défaut de transposition dans le délai prévu ; la directive doit être inexécutée. Ensuite, le juge administratif, s'il y est invité, doit vérifier que la directive invoquée est valide, c'est-à-dire qu'elle respecte le bloc de légalité communautaire mais également, les droits protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la Constitution française⁸². Ce contrôle peut le conduire, le cas échéant, à saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Il était cohérent qu'après les décisions *Arcelor* et *CNB*, qui permettent un contrôle étroit de la validité des directives, succède un arrêt qui conduit à leur conférer tout leur effet utile. Enfin, la directive doit avoir un caractère précis et inconditionnel. L'appréciation de ces conditions relève du juge administratif.

Faisant immédiatement application de cette nouvelle jurisprudence, dans l'avis du 21 mars 2011 (MM. J. et T., n° s 345978 et 346612), le Conseil d'Etat a énoncé que la « directive retour » est directement invocable par les justiciables contestant l'arrêté de reconduite à la frontière dont ils font l'objet⁸³.

Il convient de préciser que dans l'arrêt *Perreux*, le Conseil d'Etat ne renie pas les jurisprudences antérieures par lesquelles il a reconnu les diverses possibilités d'invocabilité de la directive. Ainsi les différentes modalités de l'invocabilité d'éviction sont réaffirmées et synthétisées par la formule suivante : « *tout justiciable peut [...]demander l'annulation des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives et, pour contester une décision administrative, faire valoir, par voie d'action ou par voie d'exception, qu'après l'expiration des délais impartis, les autorités nationales ne peuvent ni laisser subsister des dispositions réglementaires, ni continuer de faire application des règles, écrites ou non écrites, de droit national qui ne seraient pas compatibles avec les objectifs définis par les directives* ». Mais, si des jurisprudences sont pérennisées, en revanche l'arrêt *Cohn Bendit* disparaît.

⁸¹ L'acceptation par les Etats membres de la jurisprudence de la Cour et dans le même temps l'ancrage constitutionnel de l'obligation de transposition des directives.

⁸² CE, 10 avril 2008, n° 296845, 296907, *Conseil national des barreaux*. V. L. AZOULAI, « *Le Conseil d'Etat, nouvelle autorité de droit européen* », RJE, n°655, juillet 2008, comm. 30. Dans cette affaire, le juge administratif s'estime juge de la conformité d'une directive communautaire aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, comme l'est la Cour de justice et comme il est lui-même compétent pour opposer la CEDH à tout acte de droit interne.

⁸³ Le Conseil d'Etat répond ainsi favorablement à la question de savoir si la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (dite « directive retour »), qui n'a pas été transposée en droit français dans le délai qu'elle fixait, est directement invocable par les étrangers contestant la mesure de reconduite à la frontière dont ils font l'objet.

La reconnaissance de l'effet direct des directives permet de simplifier les recours, s'agissant en particulier de l'articulation des moyens. Pour obtenir l'annulation d'un acte administratif individuel sur le fondement d'une directive, il n'est plus besoin de passer par le mécanisme de l'exception d'illégalité (dès lors que la directive remplit bien les conditions de l'effet direct). Mais surtout, l'effet direct est particulièrement utile dans les hypothèses où le requérant ne demande pas uniquement au juge administratif l'annulation d'un acte, mais aussi la réalisation d'un droit. Le justiciable peut demander au juge non seulement d'écarter ou d'annuler un acte à portée générale et/ou d'effacer de l'ordonnement juridique un acte individuel, mais aussi substituer à la norme interne disparue, le droit directement tiré des dispositions d'une directive, à condition toutefois, que celles-ci soient précises et inconditionnelles et que le délai de transposition soit expiré. Dès lors, ce mécanisme est particulièrement utile en plein contentieux.

En revanche, ni la Cour de justice, ni le Conseil d'Etat n'ont franchi le pas s'agissant de l'invocabilité de la directive non transposée dans les litiges entre particuliers.

2°) *L'absence d'effet direct horizontal*

La directive est seulement invocable par les particuliers contre l'État membre. Ici s'arrête l'effet direct de la directive. Selon une jurisprudence constante, une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef des particuliers. La Cour de justice considère que « *selon l'article 249 CE, le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de "tout État membre destinataire"* ». Il s'ensuit qu'elle ne peut « *par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne* »⁸⁴. Le juge de Luxembourg refuse que la directive puisse imposer une charge à une personne privée. Il offre une lecture littérale restrictive de l'article 249 CE (devenu 288 TFUE) qui énonce que l'effet obligatoire de la directive ne concerne que les États membres qui sont les destinataires de l'acte. Ce qui signifie que la directive est bien porteuse de la prérogative de puissance publique que constitue le privilège du préalable. Mais elle ne peut déployer tous ses effets et devenir invocable dans l'ensemble des rapports juridiques concernés par son champ d'intervention.

Cette lacune a été dénoncée par la doctrine⁸⁵ et par plusieurs avocats généraux. W. Van Gerven⁸⁶ considère qu'il s'agit d'une « *anomalie* », facteur d'« *incohérences*

⁸⁴ C.J.C.E., 26 février 1986, Marschall, aff. 152/84, rec. p. 723, pt 48 ; C.J.C.E., 12 mai 1987, Traen, aff. 372/85 à 374/85, rec. p. 2141, pt 24 ; C.J.C.E., 22 février 1990, Busseni, aff. C-221/88, rec. p. I. 495, pt 23 ; C.J.C.E., 13 novembre 1990, Marleasing, aff. C-106/89, rec. p. I. 4135, pt 6.

⁸⁵ P. MANIN, « L'invocabilité des directives : quelques interrogations », *R.T.D.E.*, 1990, p. 669 ; W. VAN GERVEN, « The horizontal effet of directive provisions revisited- the reality of catchwords », Institute of european public law, University of Hull ; F. EMMERT ET M. PEREIRA DE AZEVEDO, « L'effet horizontal des directives. La jurisprudence de la C.J.C.E. : un bateau ivre ? », *R.T.D.E.*, 1993, p. 503 et « Les jeux sont faits : rien ne va plus ou une nouvelle occasion perdue par la C.J.C.E. », *R.T.D.E.*, 1995, p. 11.

⁸⁶ C.J.C.E., 2 août 1993, *Marschall II*, aff. 271/91, rec. I. 4367, conclusions de W. VAN GERVEN p. 4381 et s., spéc. p. 4387, pt 12.

et de distorsions »⁸⁷. « *Si la Cour, note-t-il, reconnaissait désormais aussi un effet direct horizontal aux dispositions d'une directive qui sont suffisamment précises et inconditionnelles, la cohérence de la jurisprudence en serait renforcée* ». L'avis est partagé par l'avocat général F.-G. Jacobs : « *il est notoire que la jurisprudence refusant l'effet direct a "donné naissance à des anomalies"* »⁸⁸. Enfin, C. O. Lenz observe que cette démarche ne lui paraît pas satisfaisante⁸⁹. Il plaide pour l'effet horizontal des directives qui lui paraît s'imposer, dans l'intérêt de l'application uniforme et efficace du droit communautaire.

La Cour de justice justifie cette restriction par l'interprétation étroite de l'article 249 CE (devenu 288 TFUE). Cette démarche est étonnante dans la mesure où la Cour, le plus souvent, dans son rôle interprétatif, ne tient pas pour décisifs les termes du traité. En outre, l'argument fondé sur les termes de l'article n'est pas convaincant. La directive lie tout État membre, elle n'exclut pas expressément la possibilité d'obligations dérivées, découlant des directives pour des personnes autres que les États.

La nécessaire distinction normative entre la directive et le règlement est également invoquée comme argument. La consécration de l'effet horizontal aurait « *l'inconvénient majeur d'amoindrir, voire d'éliminer la distinction entre directive et règlement, et de fausser ainsi la typologie des actes établie par l'article 249 CE, et par voie de conséquence, le système de répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres qui la sous-tend* »⁹⁰. Mais comme les directives sont la forme essentielle, et souvent la seule forme, de législation communautaire, prévue dans de nombreux domaines du traité, la reconnaissance de l'effet horizontal n'effacerait pas la délimitation entre règlement et directive, les effets de la directive n'étant possibles qu'après l'expiration du délai de transposition et seulement pour des dispositions claires et inconditionnelles.

A contrario, il existe des arguments positifs qui militent en faveur de la reconnaissance de l'effet horizontal⁹¹.

Le premier tient au principe de non discrimination. Il n'est pas satisfaisant que les justiciables soient soumis à des règles différentes, selon qu'ils sont en rapport avec des organismes publics ou privés.

Le second tient aux exigences du marché intérieur et du but déclaré du rapprochement des législations.

Enfin, l'argument majeur tient à l'effet utile de la directive. On comprend mal la jurisprudence de la Cour de justice tant il est évident que la non-transposition

⁸⁷ Il observe en effet que les travailleurs, occupés par les autorités publiques, peuvent invoquer les directives inconditionnelles et suffisamment précises contre leur employeur, quand les salariés du droit privé en sont dépourvus.

⁸⁸ C.J.C.E., 3 mars 1994, *Vaneetveld c/ le Foyer SA*, aff. C-316/93, rec. p. I. 763, conclusions pt 15 et s.

⁸⁹ C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori, c/ Recreb Srl*, aff. C691/92, rec. p. I. 3315, conclusions p. 3339, pt 47.

⁹⁰ D. SIMON, « Note sous C.J.C.E., *Marschall II* », *Europe*, 1993, n°10, p. 3.

⁹¹ Sur l'ensemble de ces arguments, voir les conclusions de LENZ et de JACOBS précitées.

d'une directive prive celle-ci de son effet utile. Après l'expiration du délai de transposition, l'invocabilité entre particuliers, des normes ayant un contenu inconditionnel et précis, devrait être possible. La disposition voulue contraignante par le législateur communautaire devrait se voir reconnaître un effet matériel, sans que le comportement contraire au traité d'un État membre puisse faire obstacle à la sanction de situations juridiques en elles-mêmes complètes. Aujourd'hui l'effet direct de la directive n'a pas l'effet d'une sanction contre l'État défaillant.

Il faut donc souhaiter que la directive acquière un effet direct horizontal, *erga omnes*. Elle pourrait alors être assimilée aux dispositions directement applicables du traité.

Dans l'arrêt du 19 janvier 2010, la question s'est une nouvelle fois posée, mais la Cour n'est cependant pas allée – en tout cas pas explicitement – jusqu'à la reconnaissance formelle et solennelle de l'existence d'une invocabilité d'exclusion dans les litiges entre particuliers⁹². Précisant sa jurisprudence *Mangold*⁹³ elle a indiqué les conséquences que le juge national peut tirer des obligations découlant à la fois d'une directive et du principe général de non discrimination à raison de l'âge, dans un litige entre particuliers, sans remettre en cause l'exclusion de l'effet direct horizontal des directives.

B. L'invocabilité de réparation

Pour que la justiciabilité de la directive soit pleine, encore faut-il que les requérants puissent obtenir réparation des manquements aux obligations contenues dans les directives européennes. La non transposition ou la mauvaise est de nature à engager la responsabilité de la puissance publique (1°), qu'elle soit ou non accompagnée d'un recours en manquement devant la Cour de justice (2°).

1°) L'engagement de la responsabilité de l'Etat en l'absence de transposition d'une directive

Le Conseil d'Etat a admis que la non transposition d'une directive dans le droit national entraîne la responsabilité de l'Etat. Dans l'hypothèse où la directive, non transposée, ne pourrait être directement invoquée en raison de son caractère insuffisamment précis et inconditionnel, le requérant peut agir contre l'Etat défaillant.

Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a retenu cette responsabilité sur la base de la responsabilité sans faute⁹⁴. Pourtant l'inadaptation du régime de responsabilité sans faute résultant de la jurisprudence « La Fleurette »⁹⁵ était patent, car « *on ne saurait se dissimuler que dans le cas d'une action en responsabilité*

⁹² CJUE, 19 janv. 2010, aff.f. C-555/07, *Kücükdeveci* ; D. SIMON, « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ? », *Europe* n° 3, Mars 2010, étude 3.

⁹³ CJCE, 2 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, Rec. CJCE 2005, I, p. 9981 ; v. O. DUBOS, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G*, 2006, II ; 10107, pp. 1295-1297.

⁹⁴ CE, Ass., 28 mars 1984, *Société Alivra*, AJDA, 1982, note GENEVOIS

⁹⁵ CE, 14 janv. 1938, SA produits laitiers *La Fleurette* : Rec. CE 1938, p. 25

fondée sur une violation du droit communautaire par le législateur, spécialement lorsque ce manquement a été constaté par la Cour de justice, il s'agit d'une illégalité »⁹⁶, donc d'une faute.

A cet égard, la Cour de justice dans l'affaire *Francovitch* en 1991, a rappelé fermement que le principe de la responsabilité de l'Etat en cas de violation du droit communautaire « *est inhérent au système du traité* » et que les « *Etats sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* »⁹⁷.

Elle souligne que pleine efficacité du droit communautaire serait mise en cause si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits ont été lésés par une violation du droit communautaire. « *Il en est ainsi lorsqu'un particulier, victime du défaut de transposition d'une directive et se trouvant dans l'impossibilité d'invoquer directement certaines dispositions de celle-ci devant le juge national, en raison de leur caractère insuffisamment précis et inconditionnel, engage une action en responsabilité contre l'Etat défaillant pour violation de l'article 189 (devenu art. 249), troisième alinéa, du traité* ».

Dans ces circonstances, qui étaient celles de l'affaire *Francovich*, la réparation vise à effacer les conséquences dommageables, pour les bénéficiaires d'une directive, du défaut de transposition de celle-ci par un Etat membre.

Par la suite, elle a pu constater que l'impossibilité pour les particuliers de se prévaloir de certaines dispositions d'une directive découle de la marge d'appréciation laissée aux Etats. Faute de possibilité d'interprétation du droit national conforme à la directive, il convient, en présence de ce qui équivaut à une inexécution de la directive, de retenir une obligation de réparer à la charge de l'Etat⁹⁸. La Cour a fait référence à plusieurs reprises à cette jurisprudence à propos de l'absence d'effet direct des directives.

Une nouvelle étape a été franchie avec l'arrêt *Brasserie du pêcheur*⁹⁹. Il résulte de cet arrêt que la mise en oeuvre de la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire est soumise à plusieurs conditions cumulatives inspirées des règles applicables en matière de violation du droit communautaire par la Communauté elle-même. La Cour a admis que l'existence d'une marge d'appréciation laissée aux Etats pouvait justifier des limitations de la responsabilité des Etats. Lorsque ces marges existent la responsabilité de l'Etat est subordonnée à l'existence de trois conditions : la règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers ; la violation doit être suffisamment caractérisée et enfin un

⁹⁶ R. KOVAR, « Le Conseil d'Etat et le droit communautaire : des progrès mais peut mieux faire », D. 1992, I, p. 212

⁹⁷ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovitch et Bonifaci*, RFDA, 1992, p. 1, note DUBOUIS. D. SIMON, "Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des Etats membres en cas de non-transposition des directives" : Europe 1991, p. 2, A. BARAV, JCP G 1992, II, n° 21783.

⁹⁸ CJCE, 16 déc. 1993, aff. C-334/92, *Teodoro Wagner Miret*, Rec. CJCE 1993, I, p. 6911.

⁹⁹ CJCE, 5 mars 1996, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du pêcheur et Factortame III*, points 20 s. : Rec.CJCE 1996, I, p. 1029

lien de causalité doit exister entre la violation de l'obligation incombant à l'État et le dommage subi par les personnes lésées.

Il en est encore ainsi lorsqu'est lésé un droit directement conféré par une norme communautaire que les particuliers sont en droit d'invoquer devant les juridictions nationales. Dans ce cas, le droit à réparation constitue le corollaire nécessaire de l'effet direct reconnu aux dispositions communautaires dont la violation est à l'origine du dommage causé.

Par la suite, le Conseil d'Etat a admis qu'il s'agit d'une responsabilité pour faute, même si cette mention n'apparaît pas expressément¹⁰⁰.

En pratique, la reconnaissance de la responsabilité de l'État pour faute revêt essentiellement un intérêt en cas de carence du législateur dans la mise en oeuvre d'une obligation communautaire, spécialement la transposition d'une directive. Ainsi le Conseil d'Etat a considéré que la responsabilité de l'Etat est engagée en cas de retard dans la transposition d'une directive¹⁰¹.

Il faut toutefois noter que l'application rétroactive, régulière et complète des mesures d'exécution d'une directive permet en principe de pallier les conséquences dommageables du caractère tardif de la transposition. Il faut toutefois que la directive ait été régulièrement transposée et la réparation doit être adéquate. Il faut en outre que les particuliers n'aient pas entendu se prévaloir de « *l'existence de pertes complémentaires qu'ils auraient subies du fait qu'ils n'ont pu bénéficier en temps voulu des avantages pécuniaires garantis par la directive et qu'il conviendrait donc de réparer également* »¹⁰².

2°) *Recours en manquement et responsabilité de l'Etat*

Dans le cadre du recours en manquement, la Cour est fréquemment amenée, à la demande de la Commission ou d'un autre Etat membre, à condamner les Etats qui bloquent ou retardent la transposition d'une directive.

Si la constatation de manquement n'est pas une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'État (Arrêt *Brasserie du Pêcheur*), en revanche il y a un lien automatique entre le manquement et la mise en jeu de la responsabilité de l'État. Dans l'arrêt du 24 juillet 2009¹⁰³, le Conseil d'Etat a considéré que le « *manquement commis par l'État est de nature à engager sa responsabilité à l'égard des opérateurs économiques du secteur auxquels, ainsi*

¹⁰⁰ CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, AJDA, 1992, p. 210, concl. Laroque ; CE, 24 juillet 2009, *Ministre de l'agriculture c/ Société Bruyagri*, AJDA, 2009, 2014, concl. Geffray).

¹⁰¹ CE, Ass., 30 octobre 1996, S.A. Jacques Dangeville, RFDA 1997, p. 1056, concl. GOULARD.- ; *Rec. CE 1996*, p. 339 ; RFDA 1997, p. 1056 ; RTDE 1997, p. 171, concl. G. GOULARD ; AJDA 1996, p. 980, D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT ; *Dr. adm.* 1997, comm. 108, G.G. ; LPA 1997, n° 128 et 129, p. CASSIA V. CAA, Paris, 1er juillet 1992, *Sté Jacques Dangeville*, Rec. CE 1992, p. 558 ; confirmé par CAA Paris, 12 nov. 1992, *Johny Walker & Sons, Ltd*, RJF 1993, n° 469

¹⁰² CJCE, 10 juill. 1997, aff. jtes C-94/95 et C-95/95, Bonifaci et Berto et a., Rec. CJCE 1997, I, p. 3969

¹⁰³ CE, 24 juill. 2009, *Sté Bruyagri*, AJDA 2009, p. 2014, concl. E. GEFFRAY

que l'a d'ailleurs jugé la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt "*Danske Slagterier c/ Allemagne*" du 24 mars 2009 (aff. C-445/06), les stipulations de l'article 28 du traité instituant la Communauté européenne confèrent des droits, qu'ils peuvent faire valoir directement devant les juridictions nationales ». Dès lors, il appartient au juge administratif, saisi par un opérateur économique qui demande réparation des préjudices résultant du manquement commis par l'État, de déterminer s'il résulte de l'instruction que cet opérateur a été dissuadé ou empêché, du fait de l'absence d'une procédure spécifique, de se livrer à des importations parallèles.

Ainsi le recours en manquement se conjugue avec les actions que peuvent introduire les particuliers devant les juridictions nationales, grâce à l'effet direct du droit de l'Union, pour imposer aux États membres le respect des règles communes. Dès l'arrêt Van Gend en Loos, Cour avait posé cette complémentarité comme un facteur susceptible de renforcer la construction européenne¹⁰⁴. Elle énonçait que « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des États membres ».

Il ressort que c'est cette vigilance des particuliers, requérants devant le juge de l'Union européenne et le juge administratif, qui a contribué développer toute la force normative de la directive et a permis à celle-ci de déployer ses pleins effets juridiques dans l'ordre juridique des États membres.

Il résulte de ce qui précède que le juge administratif français, juge de droit commun de l'Union européenne, garantit aussi bien la primauté de la directive (qui jouit de l'immédiateté normative, puisque dès sa publication au journal officiel des Communautés européennes, elle est intégrée au droit positif des États membres¹⁰⁵) que sa pleine justiciabilité, quelle que soit la spécificité de cet acte qui lie quant au résultat à atteindre mais laisse aux États le choix des moyens pour y parvenir.

EUROPEAN JUDGE CONTROL IN THE APPLICATION OF EUROPEAN DIRECTIVES

Directives, together with provisions, are the most significant European Union legal act and they are binding in the results which are achieved by them. However, the choice of form and method of implementation is left up to national powers (law, sub-legal acts etc). The issue of their inclusion arises in legal administrative action and the control of their application in administrative adjudication.

¹⁰⁴ CJCE, 5 févr. 1963, aff. 26/62, Van Gend en Loos : Rec. CJCE 1963, p. 3, spéc. p. 25

¹⁰⁵ « Le caractère obligatoire pour l'État membre des résultats de la directive existe immédiatement, dès la prise d'effet de celle-ci », conclusions O. LENZ sous C.J.C.E., 14 juillet 1994, Paola Faccini, aff. C-91/92, rec. p. 3325, spéc. p. 3342, pt 60.

Pursuant to article 88 of the Treaty on the Functioning of the European Union, directives are binding concerning the results that need to be achieved for every member state at which they are directed. The choice of form and method of achieving those results are left up to national bodies. “The issue of implementing directives implies two questions: what is the nature of the act for implementing directives and what is the role of the administrative judge in the application of European directives?”

Key words: *EU directives, administrative judge, control*