

SOMMAIRE

- L'administration, « juge » de la légalité communautaire - Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg, par T. Bombois . . . 169
- Marchés publics - Procédures de passation - Concessions de services publics - Concession relative à l'exploitation d'un réseau communal de télédistribution - Attribution par une commune à une société coopérative intercommunale - Obligation de transparence - Conditions - Exercice, par l'autorité concédante sur l'entité concessionnaire, d'un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.
(C.J.C.E., 3^e ch., 13 novembre 2008, observations de A.L. Durvieux et N. Thirion) . . . 175
- Principes généraux du droit - Droits de la défense - Matière civile - Éléments sur lesquels le juge fonde sa décision - Demande - Substitution de la base légale - Droit à un débat contradictoire - Portée - Emploi des langues en matière judiciaire - Demande de changement de langue formée sur la base de l'article 7, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 1935 - Rejet fondé sur l'article 7bis de ladite loi - Illégalité.
(Cass., 1^{re} ch., 6 février 2009, observations de B. Dejemeppe) . . . 181
- Droit pénal - Coups et blessures volontaires - Article 417bis, 1^o, du Code pénal - Torture - Notion.
(Cass., 2^e ch., 4 février 2009, note) . . . 181
- Preuve - Aveu - Lettre de l'avocat d'une partie à un expert judiciaire - Nécessité d'un mandat spécial.
(Bruxelles, 2^e ch., 16 octobre 2008, note) . . . 182
- Chronique judiciaire :
Cours et conférences - Élections - Coups de règle - Dates retenues.

DOCTRINE

L'administration, « juge » de la légalité communautaire **Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg**

ALORS QUE LE DROIT INTERNE interdit, en règle, à l'administration d'écarter une norme irrégulière mais qui s'impose à elle, le principe d'effectivité du droit communautaire a amené la Cour de justice à une tout autre conclusion... aux conséquences vertigineuses!

1. Si les subtilités d'application de l'article 159 de la Constitution ont récemment retenu l'attention de la doctrine¹, une question est toutefois demeurée sous le boisseau². C'est celle de l'attitude que doit adopter l'administration lorsqu'elle est chargée d'appliquer une disposition qu'elle sait — ou qu'elle soupçonne — être contraire au droit communautaire. Or, la question mérite assurément quelques développements tant elle se distance des principes établis en la matière.

2. L'article 159 de la Constitution interdit à tout juge³ d'appliquer, dans le litige qui lui est soumis, un acte administratif incompatible avec les règles de droit qui lui sont hiérarchiquement supérieures⁴. Pour la Cour de cassation, cet article s'applique sans considération de délai. Le Conseil d'État estime en revanche que la légalité d'un acte administratif individuel créateur de droits ne peut plus, en principe, être contestée par voie incidente une fois que celui-ci est devenu définitif⁵.

En revanche, la jurisprudence s'accorde désormais pour dénier à l'autorité administrative la faculté — et *a fortiori* l'obligation — d'écarter une disposition qui s'impose à elle, mais qu'elle estime contraire à une règle hiérarchiquement supérieure⁶. Cette interdiction est justifiée tant par une application stricte du principe de légalité⁷ que par le souci de ne pas confier à l'exécutif une fonction propre au pouvoir juridictionnel⁸.

Ce n'est que lorsque l'autorité est chargée d'appliquer un acte administratif à ce point illégal qu'il doit être considéré comme inexistant qu'elle peut — et même doit — refuser d'y donner exécution. Quant à la question de savoir si l'interdiction faite à l'autorité administrative de respecter un ordre manifestement illégal lui impose également de refuser d'appliquer une disposition de valeur législative, voire constitu-

(5) Soit en raison de l'expiration du délai de recours en annulation soit en raison de l'épuisement dudit recours. Sur cette controverse, voy. P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd., 2008, pp. 359 et s.; J. THEUNIS, *op. cit.*, pp. 1272-1273.

(6) En ce sens, voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, p. 354; P. GOF-FAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 229-230; J. THEUNIS, *op. cit.*, pp. 1270-1271; D. RENDERS, *op. cit.*, p. 556; M. NIHOUL, *op. cit.*, p. 615. Pour une opinion dissidente plus ou moins récente, voy. P. VAN ORSHOVEN, « De lokale belastingen opnieuw in een nieuwe kleedje », *R.W.*, 1997-1998, p. 1459.

(7) « L'autorité administrative doit — en vertu de l'article 33 de la Constitution qui limite les attributions de toute autorité publique aux textes qui leur en confèrent — appliquer l'acte administratif ou législatif, quand bien même l'un ou l'autre serait irrégulier » (D. RENDERS, *op. cit.*, p. 556).

(8) Voy. les références citées par A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgisch publiekrecht - De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, t. II, Anvers, Kluwer, 1984, pp. 841 et 842.

Dans la collection *Les Codes thématiques Larcier*

Baux 2008-2009

par Bernard LOUVEAUX

À jour au
1^{er} septembre
2008

Edition 2008, 272 p. 60,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.
commande@deboekservices.com - www.larcier.com

tionnelle, entachée d'une grossière irrégularité, elle n'est pas encore tranchée⁹.

3. Depuis son arrêt *Rheinmühlen*, la Cour de Luxembourg estime, pour sa part, que l'effectivité du droit communautaire ne saurait être amoindrie par des règles de procédure nationales¹⁰. Dans son arrêt *Simmenthal*, le juge communautaire commande ainsi au juge national de laisser inappliquée toute disposition nationale, même constitutionnelle, qui l'empêcherait d'écarter une loi nationale contraire à une règle communautaire directement applicable¹¹.

Bien qu'elle affirme le principe suivant lequel, en l'absence de droit dérivé réglant cette question, il revient à chaque État membre d'arrêter les règles procédurales destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, la jurisprudence de la Cour de justice circonscrit en réalité cette autonomie procédurale par deux limites. Le principe d'effectivité exige, tout d'abord, que ces règles « ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire ». Le principe d'équivalence impose, ensuite, que les modalités procédurales mises sur pied par chaque État « ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »¹².

Le souci de rendre le droit communautaire toujours plus effectif a amené la Cour de justice à étendre aux autorités administratives nationales l'obligation faite aux juridictions de laisser inappliquées certaines règles de droit contraires au droit communautaire¹³. L'étendue du pouvoir de censure reconnu à l'administration varie toutefois considérablement selon que celle-ci est chargée d'appliquer un acte de droit dérivé

contraire au droit primaire (1) ou une disposition nationale incompatible avec le droit communautaire. Dans ce dernier cas, il faut encore distinguer selon que la norme communautaire violée n'est pas directement applicable (2) ou est, au contraire, dotée d'un tel effet direct (3).

1

L'interdiction pour l'administration d'écarter le droit communautaire dérivé

4. Selon une jurisprudence constante, le juge national est impuissant à remettre seul en cause la compatibilité d'une disposition de droit dérivé avec le droit communautaire primaire¹⁴. Lorsqu'il envisage de laisser inappliquée une règle de droit dérivé, le juge national doit surseoir à statuer et saisir la Cour de justice d'une question en appréciation de validité¹⁵. La juridiction nationale ne pourra s'en dispenser que si la Cour de Luxembourg a constaté, dans un arrêt antérieur, l'irrégularité de l'acte communautaire en cause¹⁶.

Le monopole de la Cour de justice quant à l'invalidation des actes communautaires repose sur plusieurs justifications. Parmi celles-ci, on peut épingle la volonté de confier à une même institution l'examen des contestations directes — via le recours en annulation — et indirectes des actes communautaires, le respect des droits de la défense des institutions européennes concernées, qui sont appelées à s'expliquer devant la Cour, et la nécessité d'assurer l'uniformité d'application du droit communautaire sur l'ensemble du territoire de l'Union¹⁷.

Pas plus que le juge, l'administration n'a le pouvoir d'écarter une disposition de droit dérivé qu'elle jugerait contraire au Traité¹⁸. Elle ne devrait pas davantage pouvoir refuser d'appliquer une disposition nationale exécutant une règle communautaire en raison d'une irrégularité qui ne serait pas propre à la disposition nationale, mais qui affecterait également la disposition communautaire¹⁹. Cette interdiction ne souffre

aucune exception, même lorsque l'irrégularité est à ce point grossière que la disposition devrait, à l'estime de l'administration, être jugée comme inexistante.

5. Depuis l'arrêt *Zuckerfabrik* du 21 février 1991²⁰, la Cour de justice a toutefois admis un tempérament à l'interdiction faite au juge national de statuer sur la régularité de dispositions de droit communautaire dérivé. En effet, ce dernier peut prononcer le sursis à exécution de la norme nationale exécutant la règle communautaire — voire écarter provisoirement l'application de cette dernière²¹ — pour autant que certaines conditions soient réunies. Le juge national doit avoir des doutes sérieux sur la validité de l'acte communautaire et interroger la Cour à ce sujet, sauf si cette dernière est déjà saisie de la question. Il faut encore que l'urgence soit démontrée et que la juridiction nationale prenne dûment en compte l'intérêt de la Communauté. Enfin, le juge interne doit respecter les décisions du Tribunal ou de la Cour rendues en la matière²².

Sans doute, l'administration ne peut interroger la Cour de justice, même lorsqu'elle a un doute sérieux sur la validité d'un acte communautaire. Elle n'est pas une juridiction au sens de l'article 234 du Traité CE²³. Néanmoins, la Cour de justice peut avoir été saisie d'une question préjudicielle sur la validité de la disposition communautaire que l'administration est précisément appelée à appliquer. L'autorité administrative nationale est-elle alors en droit, moyennant la prise en compte de l'intérêt de la Communauté, de suspendre les effets de cette règle de droit dérivé, si elle estime qu'il y a urgence et qu'un doute sérieux pèse sur sa validité?

écartée est dotée d'effet direct. Compte tenu de sa primauté sur toute règle de droit interne, elle trouve à s'appliquer au cas soumis à l'administration. La préservation des droits issus du droit communautaire est de la sorte garantie *a minima*, nonobstant l'engagement éventuel de la responsabilité de l'État pour défaut de transposition de la norme dotée d'effet direct quand une pareille transposition est requise (voy., en ce qui concerne la directive, C.J.C.E., arrêt *Commission c. Belgique* du 6 mai 1980, C-102/79). Soit la norme communautaire n'est pas dotée d'effet direct. Dans ce cas, il est logique que son effectivité soit moindre. L'autorité administrative sera alors tenue d'interpréter, dans toute la mesure du possible, le droit interne — à l'exception, par hypothèse, de la règle nationale écartée par ses soins — d'une manière qui le rende conforme au droit communautaire (voy. *infra*). Si cette opération ne suffit pas à garantir le respect des droits découlant du droit communautaire, la responsabilité de l'État pourra être engagée.

(20) C.J.C.E., arrêt *Zuckerfabrik* du 21 février 1991, C-143/88 et C-92/89.

(21) C.J.C.E., arrêt *Atlanta* du 9 novembre 1995, C-465/93, pts 26-30 ainsi que les conclusions de l'avocat général Léger sous C.J.C.E., arrêt *T. Port* du 6 mars 2003, C-213/01P, point 44 et J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 337-338.

(22) C.J.C.E., arrêt *Kruger* du 17 juillet 1997, C-334/95, point 47.

(23) C.J.C.E., arrêt *Corbiau* du 30 mars 1993, C-24/92, point 16. On réserve toutefois l'hypothèse où un organe de l'administration active exerce temporairement des fonctions juridictionnelles. Dans ce cas, cet organe doit pouvoir interroger la Cour de justice (voy. les références citées par H.-G. SCHERMERS et D.-F. WALBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6^e éd., La Haye, Londres, New York, Kluwer Law International, 2001, pp. 255-257). Pour un cas limite, voy. récemment C.J.C.E., arrêt *Goicoechea* du 12 août 2008, C-296/08 PPU, points 40-41. Sur la notion de « juridiction » au sens de l'article 234 du Traité CE, voy. récemment A. BARAV, « Tâtonnement préjudiciel - La notion de juridiction en droit communautaire » in *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorp*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79 et s.

(9) Pour une réponse affirmative en ce qui concerne l'acte à valeur législative, voy. D. RENDERS, *op. cit.*, p. 557. Pour une discussion récente et détaillée de la question du refus d'obéissance, voy. D. DEOM, « Le secrétaire communal, garant de la légalité : un trompe-l'œil au cœur du droit communal » in F. Flagat (éd.), *Le secrétaire communal, garant de la légalité*, Bruges, Van den Broele, 2008, pp. 11 et s.

(10) C.J.C.E., arrêt *Rheinmühlen* du 16 janvier 1974, C-166/73.

(11) C.J.C.E., arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978, C-106/77. Cet arrêt emporte des conséquences plus importantes que l'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation puisqu'il vise tant le droit primaire que le droit dérivé doté d'effet direct. En outre, le refus d'application n'est que la sanction minimale imposée par le droit communautaire (à ce propos, voy. S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 493 et 503).

(12) C.J.C.E., arrêt *Rewe* du 16 décembre 1976, C-33/76, point 5. Pour une application récente, voy. également l'arrêt *Unibet* du 13 mars 2007, C-432/05, point 43.

(13) Alors que l'article 10 du Traité CE — et le devoir de coopération qu'il établit — est fréquemment utilisé pour justifier l'obligation d'une administration d'effacer les conséquences illicites d'une violation du droit communautaire qu'elle a commise — ce qui peut imposer le retrait d'un acte administratif irrégulier (voy. C.J.C.E., arrêts *Wells* du 7 janvier 2004, C-201/02, point 64; *Kühne & Heitz* du 13 janvier 2004, C-453/00, point 27) — la Cour n'a, semble-t-il, jamais utilisé cette disposition pour fonder l'obligation faite à l'administration de laisser inappliquée une disposition nationale adoptée par une autorité hiérarchiquement supérieure et contraire au droit communautaire directement applicable. Il est vrai que l'article 10 du Traité CE avait déjà été utilisé par la Cour de justice dans son arrêt *Factortame* du 19 juin 1990 (C-213/89) pour fonder le principe selon lequel « c'est aux juridictions nationales qu'il incombe [...] d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire » et non, serait-on tenté d'ajouter, aux administrations nationales.

(14) C.J.C.E., arrêts *Foto-Frost* du 22 octobre 1987, C-314/85, point 15; *Gaston Schul Douane-Expéditeur* du 6 décembre 2005, C-461/03, point 21, *International Air Transport Association* du 10 janvier 2006, C-344/04, point 27; arrêt *Lucchini* du 18 juillet 2007, C-119/05, point 53.

(15) Voy., entre autres, C.J.C.E., arrêt *International Air Transport Association* précité, point 32.

(16) C.J.C.E., arrêt *International Chemical Corporation* du 13 mai 1981, C-66/80, point 13. En revanche, l'obligation de renvoi demeure absolue lorsque la Cour de justice a constaté l'irrégularité d'un acte de droit dérivé analogue à l'acte dont la légalité est contestée devant le juge national (arrêt *Schul* précité).

(17) Voy. récemment, arrêt *Schul* précité, points 21-25.

(18) En outre, elle ne peut interroger la Cour de justice et n'a donc aucune possibilité d'échapper à l'obligation de l'appliquer (pour un raisonnement analogue, voy. O. DE SCHUTTER, « Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif », *J.T.D.E.*, 2006, pp. 100-101).

(19) En revanche, le droit communautaire ne paraît ni imposer ni interdire à l'administration de laisser inappliquée une disposition nationale exécutant une règle communautaire pour des motifs qui ne sont pas transposables à la règle communautaire et qui sont étrangers à la violation du droit communautaire (par exemple l'illégalité tirée de l'incompétence de l'auteur de la norme nationale). En effet, soit la disposition exécutée par la règle nationale

La Cour de justice répond par la négative. Dans son arrêt *Abna* du 6 décembre 2005, rendu en grande chambre, elle estime en effet que des autorités administratives nationales, telles que celles en cause en l'espèce²⁴, « ne sont pas en mesure d'adopter des mesures provisoires en respectant les conditions d'octroi définies par la Cour »²⁵. Elles n'offrent pas le même niveau d'indépendance et d'impartialité que les juges. Par ailleurs, il n'est pas certain qu'un véritable débat contradictoire aura lieu devant elles. Enfin, les arguments liés au gain de temps et à la diminution des coûts engagés pour assurer le respect du droit communautaire ne sont pas déterminants « au regard des garanties offertes par les systèmes de protection juridictionnelle instaurés par les ordres juridiques des États membres ». La Cour relève de surcroît que « les juridictions nationales statuant en référé peuvent, en général, adopter des décisions dans des délais très brefs »²⁶.

En revanche, lorsque l'acte de droit dérivé est invalidé par la Cour de justice, ni l'administration, ni le juge national ne peuvent fonder une quelconque décision sur cet acte²⁷. Le juge demeure toutefois en mesure d'interroger à nouveau la Cour sur la disposition dont elle a constaté, à titre préjudiciel, l'irrégularité, notamment afin de suggérer au juge communautaire de limiter son constat d'invalidité dans le temps²⁸. L'administration est, quant à elle, dépourvue de cette faculté.

2

L'obligation pour l'administration d'interpréter, dans toute la mesure du possible, la disposition nationale conformément au droit communautaire

6. Tout comme le juge, l'administration est tenue de retenir, autant que faire se peut, une interprétation de son droit national qui soit compatible

(24) Il s'agissait du *Productschap Diervoeder*, organisme de droit public, au sens de la loi néerlandaise sur l'organisation des entreprises, compétent pour adopter des règlements concernant les aliments des animaux. Ces règlements doivent cependant être approuvés par le ministre de l'Agriculture, de la Nature et de la Qualité des aliments (point 35 de l'arrêt). La précision laisse sous-entendre que la décision de la Cour de justice aurait pu être différente si la question avait porté sur les pouvoirs d'autorités administratives d'un autre type. On peine cependant à déterminer les caractères qui permettraient à d'éventuelles administrations d'échapper à l'enseignement de l'arrêt *Abna*, sous réserve de l'exercice par certaines d'entre elles de fonctions juridictionnelles (voy. *supra*).

(25) C.J.C.E., arrêt *Abna* et *al.* du 6 décembre 2005, C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, point 108.

(26) C.J.C.E., arrêt *Abna* précité, point 110. Comp. l'arrêt *Schul* précité point 23 : « Une diminution de la durée de la procédure ne saurait être invoquée afin de justifier une atteinte à la compétence exclusive du juge communautaire pour statuer sur la validité du droit communautaire ». L'arrêt *Schul* donnait l'occasion à la Cour de se prononcer sur l'obligation faite à une juridiction de saisir la Cour en appréciation de validité d'un acte de droit dérivé, même lorsque cet acte était similaire à un acte déjà jugé par elle comme contraire au Traité.

(27) C.J.C.E., arrêt *International Chemical Corporation* précité, point 12.

(28) À ce sujet, voy. S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, pp. 579-580.

avec les règles de droit communautaire²⁹. Cette obligation vaut indépendamment du caractère directement ou non directement applicable de la norme communautaire. Elle se fonde, en réalité, sur le principe de primauté et sur les règles d'interprétation classiques qui imposent d'éclairer, dans toute la mesure du possible, le sens de la norme de rang inférieur à la lumière des règles qu'elle est censée respecter³⁰.

Le droit communautaire n'habilite toutefois pas l'autorité administrative à retenir une interprétation *contra legem* de la disposition nationale³¹, sauf si le droit interne reconnaît la validité de règles d'interprétation littéralement « neutralisantes », permettant d'aller à l'encontre du texte même de la disposition interprétée³².

3

L'obligation pour l'administration d'écarter la disposition nationale contraire au droit communautaire directement applicable

7. Si l'administration doit chercher à interpréter le droit national conformément à toute règle de droit communautaire, cette obligation se double d'une mission beaucoup plus décisive lorsque l'autorité administrative est confrontée à une contradiction — irrésoluble au moyen des techniques interprétatives — entre une disposition nationale et une règle communautaire pourvue d'effet direct³³. Dans ce cas, l'autorité administrative est tenue d'écarter cette disposi-

tion nationale, qu'elle ait une portée matérielle ou procédurale³⁴.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, permit à la Cour de justice de consacrer, pour la première fois, l'obligation faite aux administrations nationales de censurer les actes de droit interne contraires aux dispositions communautaires directement applicables. La Cour était saisie d'un recours en manquement dirigé contre la République italienne qui continuait à percevoir des taxes à l'exportation jugées, dans un premier arrêt en manquement, comme contraires à une disposition du Traité, dotée d'effet direct³⁵. À l'appui de sa défense, l'État italien faisait valoir que le retard pris dans la procédure d'abrogation de la loi litigieuse était dû à des circonstances indépendantes de sa volonté.

La Cour estima toutefois que « l'effet du droit communautaire, tel qu'il avait été constaté avec autorité de chose jugée à l'égard de la république italienne, impliquait pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconvenue incompatible avec le Traité et, le cas échéant, obligation de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire »³⁶.

Pour la Cour, l'interdiction d'appliquer le droit national incompatible avec une disposition communautaire dotée d'effet direct ne s'applique donc pas exclusivement aux juges, mais à toutes les autorités nationales compétentes. Sans doute, l'affaire soumise à la Cour de justice présentait-elle la particularité que l'État italien persévérait dans l'illégalité, malgré une première constatation de manquement à ses obligations découlant du Traité.

L'arrêt *Fratelli Costanzo*, rendu le 22 juin 1989, prouve néanmoins que cette circonstance n'est pas déterminante dans l'analyse de la Cour de justice. Alors que les dispositions législatives nationales en cause dans cette affaire n'avaient pas fait l'objet d'une condamnation à Luxembourg, la Cour de justice relève que si les parties sont fondées à invoquer des dispositions communautaires directement applicables devant le juge national, c'est parce qu'elles s'imposent à toutes les autorités des États membres. Elle ajoute qu'il serait par ailleurs « contradictoire de juger que les particuliers sont fondés à invoquer les dispositions d'une directive [dotée d'effet direct] devant les juridictions nationales en vue de faire censurer l'administration, et d'estimer néanmoins que celle-ci n'a pas l'obligation d'appliquer les dispositions de la directive en écartant celles du droit national qui n'y sont pas conformes »³⁷. Cette obligation s'impose « à tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées ».

(29) Voy., à propos de cette obligation, Th. VON DANWITZ, « Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice - Effet anticipé, antérieur à l'expiration du délai de transposition, interprétation conforme aux directives, primauté et application "combinée" avec les principes généraux du droit », *Rev. tr. dr. eur.*, 2007, p. 581; J.-H. JANS, « European Law and the Inapplicability of the "Speciality Principle" », *Rev. Eur. Adm. Law*, 2008, p. 39.

(30) Compar. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, p. 133.

(31) C.J.C.E., arrêts *Adeneler* du 4 juillet 2006, C-212/04, point 110 et *Pupino* du 16 mai 2005, C-105/03, points 44 à 47, cités par Th. VON DANWITZ, *op. cit.*, p. 582.

(32) C.J.C.E., arrêt *Pfeiffer* du 5 octobre 2004, C-397/01, point 116, cité par S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 480. Sur les autres limites à ce pouvoir d'interprétation, voy. K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees recht in hoofdlijnen*, 4^e éd., Antvers, Maklu, 2008, pp. 471-472.

(33) Dans l'ordre juridique communautaire, l'effet direct est reconnu, schématiquement, aux règlements et aux décisions adressées aux particuliers ainsi qu'aux dispositions suffisamment précises et inconditionnelles des traités, des directives, des décisions adressées aux États et — pour autant que l'intention des parties ne soit pas manifestement établie en sens contraire — des accords liant la Communauté (S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, pp. 471 et s.; S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 469. *Contra* Th. VON DANWITZ, *op. cit.*, p. 581 et s.). Quoi qu'il en soit, la jurisprudence communautaire paraît toujours exiger cette condition (voy. toutefois l'arrêt *Lucchini* précité, point 61, qui ne reprend pas *expressis verbis* la condition de l'effet direct, même si la norme communautaire violée par la décision administrative définitive, à savoir l'article 88, § 3, du Traité, disposait d'un tel effet. Sur cet arrêt, voy. *infra*).

(34) C.J.C.E., arrêt *Larsy* du 28 juin 2001, C-118/00.

(35) C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie* du 10 décembre 1968, C-7/68.

(36) C.J.C.E., arrêt *Commission c. Italie* du 13 juillet 1972, C-48/71, point 7.

(37) C.J.C.E., arrêt *Fratelli Costanzo* du 22 juin 1989, C-103/88, points 30 et 31. Soulignons l'analogie entre cette motivation et la critique adressée à la jurisprudence du Conseil d'État par Paul Martens : « les arrêts rendus au contentieux de l'excès de pouvoir sont déclaratifs de droits : puisque le Conseil d'État ne peut que dire à l'administration ce qu'elle aurait dû faire, pourquoi interdire à celle-ci de le faire d'emblée ? » (« L'exception d'illégalité entre l'injustice et le désordre », note sous CE, 2 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1540).

Confirmée à diverses reprises par la suite³⁸, la jurisprudence *Fratelli Costanzo* institue l'autorité administrative en véritable « juge » de la légalité communautaire des règles de droit national, quelle que soit leur valeur. Dès lors qu'une disposition de droit communautaire dotée d'effet direct les contredit, elles doivent être écartées par toute autorité administrative.

8. Cette obligation pourrait même valoir à l'égard des actes individuels définitifs³⁹. C'est en tout cas ce que laisse entendre l'arrêt *Ciola* du 29 avril 1999. La Cour y estime en effet que le juge et l'administration doivent refuser d'appliquer une décision individuelle imposant à un prestataire de services de limiter à soixante le nombre de bateaux appartenant à des personnes résidant à l'étranger et susceptibles d'être abrités dans un port bordant le lac de Constance.

Certes, il s'agissait, en l'espèce, d'une décision individuelle non créatrice de droits et sur la base de laquelle une amende avait été prononcée. Néanmoins, certains considérants de la motivation de la Cour, tout comme le raisonnement de l'avocat général Mischo dans ses conclusions conformes⁴⁰, pourraient laisser penser que le droit européen impose aux juges et aux administrations d'écarter tout acte individuel définitif, même créateur de droits, lorsque celui-ci est incompatible avec une règle communautaire dotée d'effet direct (pts 26 et 32). La Cour de justice se distancierait ainsi de sa propre jurisprudence qui s'oppose à ce que le destinataire d'un acte communautaire individuel, devenu définitif, puisse contester sa validité via le mécanisme de la question préjudicielle⁴¹ ou de l'exception d'illégalité soulevée devant la Cour elle-même⁴², seule l'hypothèse de l'acte inexistant faisant exception à la règle⁴³.

En outre, par cet arrêt *Ciola*, la juridiction communautaire aurait tranché, en ce qui concerne la violation du droit communautaire, la controverse qui oppose la Cour de cassation et le Conseil d'État à propos de l'invocabilité de l'article 159 de la Constitution à l'égard des actes administratifs individuels définitifs créateurs de droits⁴⁴.

9. Bien qu'à notre connaissance, la Cour de justice ne soit jamais revenue *expressis verbis* sur cette jurisprudence, l'arrêt *Ciola* paraît toutefois devoir être davantage considéré comme un arrêt de circonstances que comme un arrêt de principe⁴⁵. Trois raisons militent en ce sens.

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Ciola* présentait tout d'abord de véritables spécificités. En effet, si l'amende avait été prononcée après l'adhésion de l'Autriche à l'Union européenne, la décision administrative individuelle qui avait servi de fondement à cette sanction, était devenue définitive avant l'adhésion de l'Autriche, en manière telle que le destinataire de la décision n'avait pu en contester directement la régularité au regard du droit communautaire. Cette circonstance justifiait sans doute que la décision puisse être écartée, malgré son caractère définitif⁴⁶.

Il faut encore avoir égard à la jurisprudence de la Cour de justice en vertu de laquelle le principe d'effectivité ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale impose des délais de recours raisonnables aux particuliers afin de sauvegarder les prérogatives qu'ils tirent du droit communautaire⁴⁷.

Enfin, la jurisprudence récente de la Cour relative à la problématique connexe du retrait, par une administration nationale, d'un acte individuel définitif, mais incompatible avec le droit communautaire⁴⁸, incite également à considérer l'arrêt *Ciola* comme un arrêt circonstanciel.

Dans l'arrêt *i-21* et *Arcor* rendu en grande chambre le 19 septembre 2006, la Cour de justice devait ainsi statuer sur l'obligation éventuelle pour une administration nationale de retirer un acte individuel non créateur de droit, devenu définitif, mais contraire au droit com-

munitaire. Prenant appui sur sa jurisprudence relative au retrait d'actes communautaires individuels devenus définitifs⁴⁹, la Cour affirme que « conformément au principe de sécurité juridique, le droit communautaire n'exige pas qu'un organe administratif soit, en principe, obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un caractère définitif à l'expiration de délais de recours raisonnables ou par l'épuisement des voies de recours [...] Le respect de ce principe permet d'éviter la remise en cause des actes administratifs entraînant des effets de droit »⁵⁰.

La Cour de Luxembourg rappelle ensuite que le principe de l'autonomie procédurale des États membres doit être respecté pour autant que les règles d'effectivité et d'équivalence ne soient pas remises en cause. Or, en l'espèce, le principe d'effectivité est respecté dans la mesure où la législation nationale n'exclut pas, en toute hypothèse, le retrait d'un acte individuel définitif⁵¹ et surtout qu'un recours juridictionnel effectif contre la décision contraire au droit communautaire est ouvert aux particuliers⁵².

(49) « Les délais de recours visent à garantir la sécurité juridique, en évitant la remise en cause indéfinie des actes communautaires entraînant des effets de droit, ainsi que sur les exigences de bonne administration de la justice et d'économie de la procédure [...] Le principe de la sécurité juridique [...] s'oppose donc à ce que, dans une hypothèse où plusieurs décisions individuelles similaires infligeant des amendes ont été adoptées dans le cadre d'une procédure commune et où certains destinataires seulement ont poursuivi et obtenu l'annulation en justice des décisions les concernant, l'institution dont elles émanent doive, à la demande d'autres destinataires, réexaminer, à la lumière des motifs de l'arrêt d'annulation, la légalité des décisions non attaquées et apprécier si, sur la base de cet examen, il y a lieu de procéder à un remboursement des amendes versées » (C.J.C.E., arrêt *Commission c. AssiDöman Kraft Products* précité, points 61 et 63).

(50) C.J.C.E., gde ch., arrêt *i-21* et *Arcor* du 19 septembre 2006, C-392/04 et C-442/04. *Addé*, mais à propos de la remise en cause de l'autorité de chose jugée, C.J.C.E., arrêt *Kapferer* du 16 mars 2006, C-234/04, point 23 : sauf si la juridiction dispose d'un tel pouvoir en vertu de son droit national, l'article 10 du Traité CE ne lui impose pas de réexaminer une décision nationale judiciaire passée en force de chose jugée et de l'annuler lorsqu'elle apparaît contraire au droit communautaire. Pour une lecture extensive de cet arrêt, étendant son enseignement au-delà de la révision d'un jugement devenu définitif mais contraire au droit communautaire, voy. Y. HOUYET, « Le rétablissement de la légalité communautaire par le retrait d'actes administratifs nationaux », *J.D.E.*, 2008, p. 261.

(51) Elle ne l'autorise toutefois que sous certaines conditions lorsque l'acte est créateur de droit (point 6 de l'arrêt).

(52) En l'espèce, le délai de recours était d'un mois. Le particulier qui n'a pas exercé son droit de recours ne saurait, par la suite, remettre en cause la légalité de la décision prise (en ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général Geelhoed sous C.J.C.E., arrêt *Lucchini* précité, point 46). Reste toutefois l'hypothèse où ce particulier a contesté la régularité de pareille décision devant le juge national, sans que celui-ci ne mette en cause sa compatibilité avec le droit communautaire, ni n'interroge la Cour de justice à ce propos. Cette hypothèse — où la question du retrait se cumule avec celle du respect dû à l'autorité de chose jugée — est rencontrée dans les arrêts *Khüne & Heitz* et *Kempler* de la Cour de justice. Lorsque la décision individuelle contraire au droit communautaire est devenue définitive en raison d'un arrêt d'une juridiction de dernier ressort qui n'a pas interrogé la Cour de justice sur l'interprétation du droit communautaire, l'autorité administrative doit réexaminer sa décision à la demande de l'intéressé si le droit interne lui reconnaît une telle faculté. En revanche, paraissent sans importance la circonstance que l'entreprise concernée ait soulevé, devant la juridiction de dernier ressort, l'incompatibilité de la décision individuelle avec le droit communautaire — à tout le moins si cette juridiction devait la soulever d'office — ou ait contesté la décision administrative devenue définitive immédiatement après le

(38) C.J.C.E., arrêts *Commission c. Italie* du 19 janvier 1993, C-101/91, point 24; *Ciola* du 29 avril 1999, C-224/97, point 30; *Larsy* du 28 juin 2001, C-118/00, point 52 (relatif à une administration belge : l'I.N.A.S.T.I. (voy. *infra*)); *CIF* du 9 septembre 2003, C-198/01, point 49).

(39) C.J.C.E., arrêt *Ciola* précité.

(40) Après avoir constaté qu'il n'y avait pas, dans l'affaire au principal, de problème lié à la sécurité juridique, à la protection de la confiance légitime ou des droits régulièrement acquis et que le droit autrichien permettait, dans certains cas, de revenir sur le caractère définitif de la décision en cause (points 41 et 42), l'avocat général poursuit en ces termes : « Il n'est, toutefois, pas nécessaire d'entrer dans ces considérations. La seconde question préjudicielle pose, selon moi, comme seul problème de légalité celui de savoir si le Verwaltungsgerichtshof doit, en vue d'apprécier la légalité du comportement du requérant au principal, laisser inappliquée une décision incompatible avec le droit communautaire, non-obstant le fait qu'il s'agit d'une mesure administrative individuelle et concrète et non pas d'une norme générale et abstraite [...] Il ressort [...] d'une jurisprudence constante que le droit communautaire prime toute disposition de l'ordre juridique interne. Il en découle également que le jeu combiné de l'effet direct et de la primauté de l'article 59 du Traité oblige le juge national à laisser inappliquées les interdictions contenues dans les dispositions nationales, y compris dans des décisions administratives individuelles, incompatibles avec ledit article » (points 43 et 49). Un même raisonnement vaut pour les autorités administratives (points 51 à 54).

(41) C.J.C.E., arrêts *TWD* du 9 mars 1994, C-188/92 et *Lucchini* précité, point 54, à propos de la contestation après l'échéance du délai de recours en annulation d'une décision de la Commission déclarant une aide d'État incompatible avec le Traité CE.

(42) C.J.C.E., arrêts *Damas* du 31 mars 1965, C-21/94 et *Simmmenthal* du 6 mars 1979, C-92/78, *a contrario*.

(43) C.J.C.E., arrêt *Commission c. Portugal* du 27 juin 2000, C-404/97, point 35.

(44) Voy. *supra*.

(45) Compar. les conclusions de l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer sous C.J.C.E., arrêt *i-21* précité, point 119, pour qui il peut être déduit, de façon générale, de l'arrêt *Ciola* « qu'un acte administratif définitif incompatible avec le droit communautaire ne peut pas amoindrir la protection juridique des justiciables ».

(46) Le dispositif de l'arrêt est d'ailleurs centré sur cette question. En ce sens, voy. F. BECKER, « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness », *C.M.L.R.*, 2007, p. 1050.

(47) C.J.C.E., arrêt *Rewe* précité, point 5. La Cour de justice paraît faire une application plus stricte du principe d'effectivité lorsqu'une des parties au litige doit être considérée comme une partie « faible » (à ce propos, voy. C.J.C.E., arrêt *Cofidis* du 21 novembre 2002, C-473/00). Cet arrêt portait toutefois, non sur le principe d'effectivité en tant que tel, mais sur la directive 93/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats de consommation.

(48) Ces deux questions renvoient, en définitive, au même souci de concilier la sécurité juridique et la légalité. Du reste, la Cour de justice fait elle-même un tel lien entre ces deux questions dans son arrêt *Commission c. AssiDöman Kraft Products* (du 14 septembre 1999, C-310/978) en se reposant sur sa jurisprudence *TWD* (propre à l'exception d'illégalité via une question préjudicielle) pour justifier que la Commission ne soit pas tenue de réexaminer ses décisions définitives mais illégales (point 60). Compar. le raisonnement de l'avocat général Mischo sous C.J.C.E., arrêt *Ciola* précité, points 36-40.

Demeure le principe d'équivalence. Dans le cas soumis à la Cour de justice, les règles nationales imposent aux autorités administratives de retirer un acte administratif définitif, mais illégal, lorsque le maintien de cet acte serait tout simplement insupportable. La même obligation doit donc peser sur l'administration lorsqu'elle est confrontée à un acte administratif non conforme au droit communautaire et dont le maintien serait tout aussi insupportable⁵³.

Toutefois, cette jurisprudence ne s'applique pas lorsque le destinataire de l'acte individuel ne pouvait pas ne pas avoir conscience de l'illégalité entachant cet acte, de telle sorte que sa remise en cause n'affecte en rien le principe de sécurité juridique. Ainsi, une entreprise bénéficiaire d'une aide d'État qui n'a pas été notifiée à la Commission devait savoir que cette aide était *in se* illégale. Le retrait de la décision la lui octroyant doit dès lors intervenir, nonobstant le fait que cette décision ait acquis, en vertu du droit national, un caractère définitif⁵⁴.

10. À la lumière de la jurisprudence européenne la plus récente, l'administration ne devrait donc refuser d'appliquer un acte individuel définitif mais contraire au droit communautaire directement applicable que dans deux hypothèses : lorsque cet acte n'a pu faire naître

une véritable apparence de droit dans le chef de son destinataire ou pour les cas où le droit national l'autorise à agir de la sorte à l'égard de questions purement internes⁵⁵.

11. Si l'administration applique une disposition nationale contraire à une règle communautaire dotée d'effet direct, elle entache sa décision d'une irrégularité qui peut être contestée devant le juge de l'excès de pouvoir. Mais comment-elle, de surcroît, une faute susceptible d'engager sa responsabilité extracontractuelle?

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, l'autorité publique est tenue de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables si trois conditions sont remplies⁵⁷. La règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers. La violation doit être suffisamment caractérisée. Enfin, un lien de causalité direct doit pouvoir être établi entre la faute et le dommage. La question essentielle en l'espèce est donc de déterminer si le fait pour une administration de ne pas écarter une disposition nationale contraire à une disposition communautaire dotée d'effet direct constitue une violation suffisamment caractérisée du droit européen.

La Cour de justice a eu l'occasion de répondre à cette question dans son arrêt *Larsy* du 28 juin 2001, rendu précisément à l'égard d'une administration belge : l'I.N.A.S.T.I.⁵⁸. Le raisonnement du juge communautaire repose en deux temps. L'I.N.A.S.T.I. ne peut tout d'abord se retrancher derrière son ignorance de la règle selon laquelle toute administration nationale est tenue d'écarter toute disposition de droit interne qui empêcherait de donner plein effet au droit communautaire directement applicable. Dès lors, la seule question pertinente était d'apprécier si la contradiction entre la règle de droit communautaire directement applicable et le droit national était suffisamment patente pour engager la responsabilité de l'I.N.A.S.T.I. La Cour y répondit positivement.

4

Appréciation critique

12. Instituer l'administration comme le premier censeur des actes adoptés par les autorités nationales répond au souci d'assurer l'efficacité maximale du droit communautaire directement ap-

plicable et fait écho aux pouvoirs reconnus aux juridictions nationales en cette matière. Pourquoi attendre la contestation judiciaire pour écarter une disposition nationale que l'administration sait — ou devrait savoir — contraire au droit communautaire directement applicable?

13. Faut-il cependant rappeler que la conception du juge national comme premier juge du droit communautaire fait corps avec le système de renvoi préjudiciel prévu à l'article 234 du Traité C.E.⁵⁹? Les juridictions des États membres n'exercent pas cette mission dans l'isolement. Au contraire, elles ont le droit inconditionnel⁶⁰ de saisir la Cour d'une question en interprétation dès lors qu'elle est utile à la résolution du litige dont elles sont saisies. La justice communautaire est une œuvre de collaboration. Or, l'autorité administrative n'a pas la possibilité de saisir la Cour de justice, même si elle ignore totalement la manière dont il convient d'interpréter la disposition de droit communautaire qui pourrait, dans une de ses acceptions possibles, être incompatible avec une disposition nationale. La notion de juridiction, telle qu'elle est entendue par la Cour de Luxembourg, exclut en effet sans conteste l'administration du champ d'application de l'article 234 du Traité CE⁶¹.

La Cour de justice le reconnaît d'ailleurs elle-même dans son arrêt *Abna* : l'administration ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises d'un juge. Elle n'offre pas nécessairement un véritable espace pour le débat contradictoire. Ces traits caractéristiques ont poussé la Cour de Luxembourg à priver les autorités administratives du pouvoir de suspendre l'exécution des actes communautaires dont l'illégalité est contestée, à titre préjudiciel, devant elle⁶². Il est étonnant que ces spécificités ne soient pas du tout prises en compte lorsqu'il s'agit de déterminer les pouvoirs d'une administration nationale d'écarter des dispositions aussi essentielles que des normes constitutionnelles ou législatives. La seule circonstance qu'il s'agit, dans le second cas, de normes nationales et, dans le premier, d'actes communautaires ne paraît pas suffire à justifier une telle différence de traitement, surtout lorsqu'on sait les efforts faits par la juridiction communautaire pour uniformiser les modes de protection des droits des citoyens européens⁶³.

(59) En ce sens, voy. notamment P. PESCATORE, « Article 177 » in *Traité instituant la C.E.E. - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1992, p. 1077.

(60) C.J.C.E., arrêt *Rheinmulhen* précité.

(61) Voy. *supra*.

(62) C.J.C.E., gde ch., arrêt *Abna* précité. Dans ses conclusions conformes, l'avocat général Tesauro fait en outre le lien entre l'impossibilité pour l'administration de saisir la Cour de justice et le refus d'étendre à celle-ci la jurisprudence *Zuckerfabrik*.

(63) Voy., encore récemment en matière de mesures provisoires, l'arrêt *Unibet* précité. Il en va de même dans la détermination des conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'État ou des autorités communautaires pour violation du droit européen (sur cet aspect, voy. O. DUBOS, *op. cit.*, p. 521). Par ailleurs, on ne saurait justifier cette différence de traitement en se reposant exclusivement sur le monopole de juridiction que se reconnaît la Cour pour invalider les actes de droit dérivé. À partir du moment où le juge communautaire reconnaît lui-même un aménagement à ce monopole au profit des juridictions nationales (dans l'arrêt *Zuckerfabrik*), il paraît délicat de priver, en raison de ce monopole, l'administration d'une faculté de suspension encore plus limitée, puisqu'elle ne peut elle-même poser une question préjudicielle, condition de la mise en œuvre de la procédure de suspension. Du reste, la Cour de justice n'utilise pas cet argument dans son arrêt *Abna*.

prononcé de l'arrêt de la Cour de justice démontrant le caractère irrégulier de cette décision (C.J.C.E., gde ch., arrêts *Khüne & Heitz* du 13 janvier 2004, C-453/00 *Kempter* du 12 février 2008, C-2/06). Voy. encore D. SYMON, « Obligation de réexamen d'une décision administrative », *Europe*, avril 2008, p. 14 et E. BROUSSY, F. DONNAT et Ch. LAMBERT, « Chronique de jurisprudence communautaire », *A.J.D.A.*, 2008, pp. 871-872. La satisfaction au principe d'effectivité repose ainsi — en dernière analyse — sur un raisonnement largement emprunté au principe d'équivalence (puisque le retrait ne peut avoir lieu que si le droit national envisage une telle possibilité. Voy., à cet égard, les conclusions de l'avocat général Bot sous C.J.C.E., arrêt *Kempter* précité, point 80). Cette condition fut largement critiquée et il est permis de se demander si l'arrêt *Lucchini* précité (points 59-63) ne remet pas en cause l'enseignement de l'arrêt *Khüne*, même si, dans ses conclusions conformes, l'avocat général Geelhoed distingue clairement cette affaire des arrêts antérieurs en ce que l'affaire *Lucchini* portait sur une violation des règles répartitrices de compétences entre la Commission et les autorités nationales. Sur l'ensemble de ces questions, voy. M. TABOROWSKI, note sous C.J.C.E., arrêt *i-21* précité, *C.M.L.R.*, 2007, pp. 1463 et s.).

(53) Ce mode de raisonnement avait déjà été emprunté, quoique de manière moins systématique, par la Cour dans son arrêt *Wells* précité (points 67-70, voy. toutefois l'absence, dans cet arrêt, de véritable examen de la satisfaction au principe d'effectivité et la référence sibylline au consentement du particulier à l'octroi de dommages et intérêts à défaut de retrait de l'acte).

(54) Compar. Y. HOUYET, *op. cit.*, p. 261 pour qui l'arrêt *i-21 Germany* impose à l'autorité administrative de réexaminer l'acte contraire au droit communautaire dès que le droit national lui reconnaît ce pouvoir. Plus loin, l'auteur tempère toutefois son propos (p. 262) en relevant que « lorsque le droit national permet le retrait d'actes administratifs définitifs pour la restauration de la légalité interne, leur rétractation doit être assurée, dans des conditions équivalentes, pour le rétablissement du droit communautaire » (c'est nous qui soulignons).

(55) Voy., notamment, C.J.C.E., arrêt *Alcan* du 20 mars 1997, C-24/95. Sur cette question, voy. R. KOVAR, « L'emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux » in *Mélanges Louis Favoreu* ainsi que Y. HOUYET, *op. cit.*, p. 259. Pour une justification différente, liée à l'intervention d'une juridiction d'un État membre dans une compétence réservée exclusivement à la Commission et dont la décision, revêtue de l'autorité de chose jugée, rendait impossible, en vertu du droit national, la remise en cause de l'aide jugée contraire au Traité, voy. C.J.C.E., gde ch., arrêt *Lucchini* du 18 juillet 2007, C-119/05, points 59 à 63, ainsi que les conclusions de l'avocat général Geelhoed sous cette affaire, spécialement points 72, 75 et 83.

(56) Quant au principe d'effectivité, les recours juridictionnels susceptibles d'être intentés contre l'acte individuel permettent sans doute d'y satisfaire, à tout le moins si la juridiction de dernier ressort ne se refuse pas à poser une question préjudicielle à la Cour de justice lorsque se pose une question de validité du droit national au regard du droit communautaire (sur cet aspect, voy. les développements réservés à l'arrêt *Khüne & Heitz* précité).

(57) C.J.C.E., arrêt *Brasserie du Pêcheur et Factortame* du 5 mars 1996, C-46/93 et C-48/93, point 51. Voy. récemment C.J.C.E., gde ch., arrêt *Traghetti del Mediterraneo* du 13 juin 2006, C-173/03, point 45.

(58) C.J.C.E., arrêt *Larsy* précité. Comp., toujours en matière de sécurité sociale, mais à propos de la violation par l'administration d'une disposition de droit national, Cass., 25 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 638, obs. D. DEROUY. *Adde* Cass., 21 décembre 2007, *J.T.*, 2008, p. 554, obs. D. RENDERS).

14. L'administration est moins bien équipée que le juge pour exercer un rôle de censeur de l'activité normative. Ces déficiences pourraient néanmoins compter pour peu si l'intervention des administrations nationales servait réellement le principe d'effectivité du droit communautaire. Le raisonnement prête toutefois le flanc à la critique.

On remarquera tout d'abord que les arguments liés à la célérité du rétablissement de la légalité et à la diminution des coûts que doivent engager les particuliers pour faire respecter leurs prérogatives tirées du droit communautaire ont été sèchement écartés par la Cour de justice lorsqu'elle avait à se prononcer sur la possibilité pour une administration de surseoir à l'exécution d'un acte communautaire soupçonné d'être contraire aux règles de droit primaire.

En outre, depuis l'arrêt *Factortame*, il est acquis que les juridictions nationales, saisies en urgence, sont en mesure d'adopter, nonobstant toute disposition nationale contraire, les mesures provisoires nécessaires à la sauvegarde des prérogatives tirées du droit communautaire et qui auraient été violées par une autorité administrative, dans l'attente de la réponse à la question préjudicielle en interprétation qu'elles ont adressée à la Cour de justice.

Enfin, pour qu'il soit effectif, le droit communautaire doit avant tout être interprété et appliqué correctement. Or, comme on l'a déjà relevé, en l'absence de toute possibilité d'interroger la Cour de justice, l'administration risque de commettre des erreurs d'interprétation du droit communautaire qui l'exposent à une condamnation ultérieure. Par ailleurs, certaines situations deviennent proprement inextricables. Imaginons le cas suivant. Une autorité administrative est chargée d'appliquer une loi manifestement contraire à une disposition d'une directive dotée d'effet direct. Mais cette dernière paraît tout autant incompatible avec une disposition du Traité non directement applicable. Dans ce cas, l'administration serait tenue d'écarter la loi nationale et d'appliquer la solution qu'impose la directive. Si sa décision est par la suite contestée devant un juge, celui-ci interrogera la Cour de justice qui confirmera l'irrégularité de la directive au regard du Traité. Il ne restera plus au juge qu'à invalider la décision de l'autorité administrative et à appliquer, le cas échéant, la loi nationale écartée par l'administration. C'est alors l'application même du principe d'effectivité qui mène à une violation du droit communautaire et à une perte de temps.

15. En étendant aux autorités administratives l'obligation faite aux juridictions de ne pas appliquer une disposition de droit national incompatible avec une règle communautaire directement applicable, il est à craindre que la Cour de justice ait créé une hypertrophie du principe d'effectivité.

Cette jurisprudence bouleverse tout d'abord les fondements mêmes de la structure constitutionnelle des États membres, fondés pour la plupart sur une logique de séparation des pouvoirs et de soumission du pouvoir exécutif aux pouvoirs législatif et — *a fortiori* — constituant⁶⁴. L'arrêt

Fratelli Costanzo emporte en effet des implications beaucoup plus fondamentales qu'une éventuelle extension, au profit de l'administration, des pouvoirs déduits de l'article 159 de la Constitution. Dans ce dernier cas, seuls des actes administratifs pourraient être écartés par l'autorité administrative. Dans la perspective de la Cour de justice, c'est toute norme — qu'elle ait valeur constitutionnelle, législative ou réglementaire — que l'administration doit refuser d'appliquer lorsqu'elle est contraire à une disposition communautaire d'effet direct. Si l'on peut concevoir que l'exercice de la fonction juridictionnelle — avec ses garanties procédurales — ait de telles implications, ces dernières se situent aux antipodes de la conception classique de la fonction exécutive et de la structuration des organes qui sont chargés de l'exercer.

Par ailleurs, les autorités administratives sont de loin plus nombreuses que les juridictions et le système de contrôle — hiérarchique et de tutelle — susceptible d'être moins bien clôturé que la pyramide juridictionnelle. Dans ces conditions, il est à craindre qu'une application suivie de la jurisprudence *Fratelli Costanzo* crée un paysage juridique incompréhensible, peuplé d'interprétations erratiques, contradictoires ou inconséquentes⁶⁵. Sans doute, les interprétations fournies par l'administration seront-elles toujours susceptibles de contrôle juridictionnel. Il n'en demeure pas moins qu'une décentralisation aussi poussée du contrôle de légalité pourrait mener à une importante insécurité juridique.

Enfin, il pèse sur l'administration une obligation plus lourde que celle qui incombe aux juges nationaux. En effet, le principe d'effectivité n'impose pas aux juges de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires « lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe » en vertu de leur droit national pour autant que « les parties [aient] une véritable possibilité de soulever un moyen fondé sur le droit communautaire devant une juridiction nationale »⁶⁶. L'administration supporte donc une obligation

mesures constitutionnelles qui doivent compléter la législation communautaire pour garantir le respect, sur son territoire, des principes et règles qu'elle énonce ou qui la sous-tendent » (point 33). Le principe d'effectivité communautaire ne laisserait-il aucune place à la marge d'appréciation des États en ce qui concerne la structuration du pouvoir exécutif et les rapports qu'il entretient avec les autres pouvoirs? Adde C.J.C.E., arrêt *Klaus Konle* du 1^{er} juin 1999, C-302/97, point 63 : « le droit communautaire n'impose aux États membres aucune modification de la répartition des compétences et des responsabilités entre les collectivités publiques qui existent sur leur territoire » pour autant que soient respectés les principes d'effectivité et d'équivalence. Voy. encore, à ce propos, A. RACCAH, « Les effets de l'application directe du droit de l'Union par les autorités régionales et locales européennes sur l'ordonnement juridique des États membres : les exemples allemand, britannique et français », *European Journal of Legal Studies*, 2008, p. 273.

(65) A ce sujet, voy. D. DEOM, *op. cit.*, p. 17. Même si une évaluation s'avère difficile, il ne semble d'ailleurs pas que les administrations nationales recourent avec assiduité à la jurisprudence *Fratelli Costanzo*.

(66) C.J.C.E., arrêt *J. Van der Weerd* du 7 juin 2007, C-225/05, points 36-41. Voy. encore, les arrêts *Van Schijndel et autres* du 14 décembre 1995, C-430/93 et C-431/93; *Eco-Swiss* du 1^{er} juin 1999, C-126/97. Comp. le raisonnement plus nuancé de la Cour dans son arrêt *Peterbroeck Van Campenhout & Cie* du 14 décembre 1995, C-312/93 ainsi que le point 43 des conclusions de l'avocat général Jacobs sous cet arrêt) et l'arrêt *Mostaza Claro* du 26 octobre 2006, C-168/05, mais relatif à la directive 93/13/CE précitée.

(67) Le principe d'effectivité n'impose pas davantage au juge national d'appliquer d'office une règle communau-

plus importante que le juge, sauf à considérer qu'elle n'est tenue d'écarter une disposition nationale contraire au droit communautaire directement applicable que si l'administré soulève devant elle cette incompatibilité, spécialement au cours de la procédure d'adoption d'un acte nécessitant le respect du principe *audi alteram partem* ou des droits de la défense.

16. Ce n'est pas à dire pour autant qu'il faille totalement renoncer à investir l'administration d'une fonction de surveillance de la légalité communautaire du droit national. Ce pouvoir devrait toutefois s'appuyer plus strictement sur les principes d'effectivité et d'équivalence qui encadrent l'autonomie procédurale des États membres.

Le droit administratif belge impose à l'administration de laisser inappliquée une disposition — à tout le moins de valeur infralégislative — lorsque celle-ci est manifestement illégale⁶⁸. Le principe d'équivalence lui enjoint d'agir de la même manière lorsque pareille illégalité est due à la violation du droit communautaire. On a aussi proposé que l'administration soit en mesure de refuser d'appliquer une disposition réglementaire lorsqu'un médiateur parlementaire la considère illégale⁶⁹. Une même faculté devrait lui être reconnue lorsqu'une contradiction avec le droit communautaire est pointée par ce médiateur.

Quant au principe d'effectivité, il pourrait imposer aux autorités administratives de refuser d'appliquer toute disposition de droit interne — à l'exception des décisions individuelles devenues définitives⁷⁰ — dont la régularité au regard du droit communautaire a été mise en cause par la Cour de justice ou par une juridiction nationale⁷¹. On pourrait aussi imaginer que l'administration soit tenue d'agir de la sorte lorsque telle est l'opinion de la Commission européenne, dont elle peut solliciter l'avis en vertu du devoir de coopération loyale établi à l'article 10 du Traité CE⁷².

Thomas BOMBOIS

Référendaire à la Cour constitutionnelle
Maître de conférence aux F.U.Ca.M.
Assistant à l'U.C.L.

taire lorsqu'une telle application le conduirait à écarter l'interdiction de la *reformatio in pejus* prévue par son droit national (C.J.C.E., arrêt *Heemskerk* du 25 novembre 2008, C-455/06, point 46). L'on peut même se demander s'il ne s'agit pas là d'un principe général de droit communautaire qui s'impose au juge national lorsqu'il statue dans le domaine d'application de celui-ci, même en l'absence d'une règle nationale interdisant la *reformatio in pejus*. Le lien que la Cour de justice établit entre ce principe et les principes du respect des droits de la défense, de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime — qui sont des principes généraux du droit communautaire — milite en ce sens.

(68) Voy. *supra*.

(69) D. RENDERS et Th. BOMBOIS, « La médiation en droit public », in P.-P. RENSON (coord.), *La médiation - Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 171.

(70) Sauf si celles-ci n'ont pu faire naître une confiance légitime dans le chef de leurs destinataires (voy. *supra*).

(71) On recourt donc à une théorie de l'acte éclairé quelque peu aménagée. Voy. encore à ce propos, H. WENANDER, « Withdrawal of national administrative decisions under European Administrative Law », *European Law Reporter*, 2007, p. 57 et P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 230.

(72) Voy., à propos des relations entre la Commission et les arbitres saisis d'une question de droit communautaire, K. LENAERTS et M. PITTIE, « Conclusions générales » in *L'arbitrage et le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 217-218.

(64) Voy. à ce propos les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro présentées le 8 octobre 2008 à propos de l'affaire C-213/07 *Michaniki*, dans lesquelles celui-ci estime que le respect dû à l'identité constitutionnelle des États membres (article 6, § 3, T.U.E.) peut « être invoqué par un État membre pour justifier son appréciation des