

Droit général de l'Union Européenne : l'ordre juridique de l'Union Européenne

Leçon 5 : La portée vis-à-vis des particuliers

Marc BLANQUET

Table des matières

Section 1. La portée directe : l'invocabilité de mise en application.....	p. 2
§ 1. La substance de l'effet direct.....	p. 2
A. Définition de l'effet direct.....	p. 3
B. Typologie des effets directs.....	p. 3
§ 2. La reconnaissance de l'effet direct.....	p. 4
A. Les critères généraux de reconnaissance de l'effet direct.....	p. 4
B. L'effet direct des différentes sources de droit de l'Union.....	p. 5
1. La prise en compte de la nature et de la fonction de l'acte.....	p. 5
a) Le règlement.....	p. 5
b) Les décisions adressées aux particuliers.....	p. 7
2. La prise en compte du contenu de l'acte.....	p. 7
a) Le droit primaire.....	p. 7
b) Les directives (et décisions adressées aux États membres).....	p. 7
3. La prise en compte du contenu de l'acte corrigée selon la nature de l'acte.....	p. 11
Section 2. L'invocabilité de prise en considération.....	p. 13
§ 1. L'invocabilité de régularisation du droit national.....	p. 13
A. L'invocabilité d'interprétation et d'application conforme.....	p. 13
1. Fondement.....	p. 13
2. Portée.....	p. 14
3. Limites.....	p. 14
4. Relativisation apparente.....	p. 15
5. Gradation.....	p. 15
B. L'invocabilité d'exclusion.....	p. 16
§ 2. L'invocabilité de réparation.....	p. 18
A. Le fondement de la responsabilité des États membres.....	p. 19
B. L'engagement de la responsabilité des États membres.....	p. 19
C. Le régime de la responsabilité des États membres.....	p. 20

Si le droit international comprend des actes pouvant créer directement au profit des particuliers des droits que les tribunaux nationaux doivent défendre, c'est là une exception (cf. en ce sens, l'avis de la CPJI du 3 mars 1928 dans l'affaire des Tribunaux de Dantzig), d'où le choix d'une approche restrictive, matérialisée par le critère du destinataire, les particuliers devant être expressément visés par un acte pour que celui-ci puisse être considéré comme leur conférant directement un droit. **L'originalité du droit communautaire, du droit de l'Union consistera à considérer cette immédiateté comme découlant de la logique, de la nature du droit communautaire : sans correspondre au cas général, ce type d'effet ne sera donc pas une exception.**

La Cour souligne que la Communauté « *constitue un nouvel ordre juridique dont les sujets sont non seulement les états membres mais également leurs ressortissants* » (CJCE, 5 février 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, Rec, 1) les traités communautaires ne se contentant pas, comme des accords ordinaires, de créer des obligations mutuelles entre états contractants.

Le traité de Rome est par nature destiné à créer directement des droits et des obligations pour les particuliers, son but étant de mettre en place un marché commun dont les personnes physiques et morales sont forcément des acteurs, et son préambule s'adressant aux peuples, lesquels sont de surcroît représentés en tant que tels par le Parlement européen dans le processus décisionnel communautaire.

La Cour, très clairement, affirme que « *le droit communautaire ... de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique* ».

En conséquence, le critère du destinataire ne sera plus retenu, les droits pouvant naître au profit des particuliers « *non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie, tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions communautaires* ».

Il s'agira, dans un premier paragraphe, de voir cette portée directe du droit communautaire vis-à-vis des particuliers, leur permettant de vraiment obtenir l'application de l'acte communautaire. C'est concrètement une **invocabilité de mise en application**. Pendant des années, la *summa divisio* en droit communautaire était l'opposition entre les dispositions ayant ou n'ayant pas les caractéristiques techniques de cet « *effet direct* ». On peut cependant, depuis quelques années, identifier en jurisprudence toute une gradation des effets du droit communautaire pour les particuliers. Au-delà de cette portée directe, il y a une portée indirecte : sans obtenir l'application d'une disposition communautaire (parce qu'elle ne donne pas au juge les éléments suffisants pour qu'il en fasse une application particulière), les particuliers pourront cependant l'invoquer devant leur juge interne et celui-ci devra la prendre en considération, en vue d'une interprétation conforme du droit national, d'une exclusion du droit national contraire, ou de l'octroi de dommages et intérêts. Nous verrons dans une deuxième section cette **invocabilité de prise en considération** en signalant et regrettant une tendance récente de la Cour de justice à vouloir revenir à la *summa divisio* simpliste effet direct / pas d'effet direct...

Section 1. La portée directe : l'invocabilité de mise en application

Il s'agit là de la portée la plus large, et ceci correspond à la **théorie classique de l'effet direct**, les normes ayant effet direct étant les seules à bénéficier d'une telle invocabilité. Précisons d'abord, rapidement la substance de l'effet direct, avant de voir les conditions, générales et particulières, de sa reconnaissance.

§ 1. La substance de l'effet direct

Il faut finalement définir l'effet direct, voir par quoi se traduit ce type de propriété juridique. On doit également indiquer les différents types d'effet direct.

A. Définition de l'effet direct

La Cour de justice a d'abord défini très généralement l'effet direct en indiquant qu'il consistait pour une disposition à « engendrer des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder » (arrêt Van Gend en Loos). La sobriété de la formule n'a d'égale que sa richesse puisqu'y apparaissent les trois dimensions des dispositions d'effet direct : d'abord la capacité à créer directement des droits et des obligations dans le chef des particuliers ; la possibilité, ensuite, pour ces derniers d'invoquer ces droits devant le juge national qui n'est donc qu'une conséquence de l'effet direct ; l'obligation, enfin, pour ce juge de les garantir, deuxième degré de conséquence.

La jurisprudence s'est ensuite davantage focalisée sur les conséquences opératoires de l'effet direct pour le particulier, devant son juge national, et c'est donc en termes d'invocabilité du droit communautaire que les précisions sont venues.

Ainsi, dans l'arrêt Franz Grad du 06/10/70 (aff. n° 9/70, Rec. 825), l'effet direct d'une disposition est défini comme « le droit pour le justiciable de s'en prévaloir en justice ».

La formule, plus concrète, est finalement assez approximative et exige deux types de précisions :

1. Il est pertinent de viser en tant que bénéficiaire le « justiciable » plutôt que le « particulier » en ce que la Cour a élargi à toutes les « personnes concernées » (CJCE, 5 avr. 1979, Ministère Public c/ Ratti, aff. 148/79, Rec. 1629) l'éventuel bénéfice de l'effet direct, ce qu'il faut traduire par « toute personne juridique », qu'il s'agisse d'organismes de droit public (CJCE, 17 oct. 1989, Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzula c/ Commune di Carpaneto Piacentino, aff. jointes 321/87 et 129/88, Rec. 3233) ou de la Communauté elle-même (CJCE, 22 févr. 1990, Busseni, aff. C-221/88, Rec. I. 495). La formule, par ailleurs, se limite ensuite à une invocabilité **devant le juge** et s'il s'agit là, certes, de l'essentiel, on sait désormais qu'à cette invocabilité en justice s'ajoute l'invocabilité devant toutes les autorités publiques et notamment l'administration (CJCE, 22 juin 1989, Fratelli Costanzo c/ Commune de Milan, aff. 103/88, Rec. 1839).
2. Cette formulation incite à confondre l'effet direct avec l'invocabilité du droit de l'Union. Cette invocabilité, dans son sens général, découle plutôt de l'immédiateté, de sorte qu'elle n'est pas l'apanage des dispositions d'effet direct. « Invoquer » une disposition, notamment devant le juge, peut en effet recouvrir plusieurs situations : invocabilité d'interprétation conforme (parfois appelée « effet indirect », pour obtenir du juge une interprétation du droit national conforme au droit communautaire invoqué), invocabilité d'exclusion (pour faire écarter le droit national contraire), invocabilité de réparation (pour obtenir une indemnisation du préjudice causé par une violation nationale du droit communautaire invoqué (ou pour obtenir une récupération de sommes indûment versées, cette dimension de « répétition de l'indû » n'étant pas détaillé ici)), ou invocabilité de substitution (permettant l'application même de la disposition communautaire invoquée à défaut ou à la place du droit national). Une norme reconnue comme ayant effet direct pourra se prévaloir de toutes ces dimensions de l'invocabilité : l'effet direct est donc à présenter comme **une invocabilité complète du droit communautaire**.

En revanche, du fait de l'immédiateté (générale) et de la primauté (générale) du droit de l'Union, toute disposition de droit de l'Union créant un droit bénéficie d'une invocabilité « de prise en considération » par le juge (à des fins d'interprétation conforme, d'exclusion du droit national contraire, ou de réparation), seule l'invocabilité de substitution, qui se traduit par une « mise en application » de la disposition en cause, exigeant alors que soient satisfaites les conditions de l'effet direct.

B. Typologie des effets directs

L'invocation d'une disposition de droit de l'Union peut se faire dans le cadre d'un conflit opposant le particulier à l'Etat, ou à un autre particulier. Dans le premier cas, on parlera d'un effet direct vertical (invocation par le particulier à l'encontre de l'Etat) ou horizontal (invocation à l'encontre d'un autre particulier).

En fait, selon les caractéristiques de l'acte, notamment les obligations qu'il peut comporter vis-à-vis de particuliers, voire la possibilité de ces derniers de connaître ou non ces obligations, on rencontrera deux situations : un **effet direct uniquement vertical**, ou un **effet direct « complet »**, c'est à dire ajoutant à l'effet vertical l'effet direct horizontal.

§ 2. La reconnaissance de l'effet direct

Cette question doit être abordée selon deux modes : d'un point de vue général, quels sont les critères permettant de reconnaître qu'un acte de droit communautaire produit un effet direct ? Par ailleurs, il faut voir, dans une approche particularisée, comment le problème se pose pour les différentes sources de droit communautaire.

A. Les critères généraux de reconnaissance de l'effet direct

L'important est que la disposition se prête, par sa nature, par ses caractéristiques matérielles, à une application directe, c'est à dire qu'elle doit contenir, fournir tous les éléments permettant d'en faire une application particulière.

Exemple

Pour l'énoncé de cette approche, cf. par exemple CJCE, 3 avril 1968, Molkerei Zentrale, aff. n° 28/67, Rec. 211.

Dans ce cadre, il y a eu une évolution quant à la formulation précise des conditions : la Cour exigeait pendant des années pour qu'une obligation produise un effet direct qu'elle soit « *claire et précise* », juridiquement parfaite (c'est à dire se suffisant à elle-même pour une application particulière) et « *inconditionnelle* », mais la Cour a privilégié dans un deuxième temps une formule plus ramassée (sans que le fond du critère ait changé), considérant qu'il y a effet direct « *dans tous les cas où des dispositions apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises.* », CJCE, 19 janvier 1982, Ursula Becker, aff. n° 8/81, Rec. 53.

Le caractère inconditionnel, notamment précisé dans l'arrêt CJCE, 03 avril 1968, Molkerei - Zentrale (aff. n° 28/67, Rec. 211) recouvre plusieurs exigences :

- L'absence de délai ou de réserve, bien entendu, qui affecteraient l'obligation inscrite dans la disposition en cause.
- L'absence d'« **écran** » entre la disposition et le particulier en revendiquant l'application, de manière à ce que les effets juridiques de celle-là touchent directement celui-ci. Ceci peut prendre correspondre à plusieurs situations : les interdictions, obligations de « *ne pas faire* » ont été les premières à être reconnues d'effet direct, puisqu'elles n'exigent pas, par définition, de mesure d'application.

Les dispositions nécessitant la prise de mesures ultérieures (qu'il s'agisse de mesures communautaires ou nationales) de mise en oeuvre pour être appliquées peuvent être aussi reconnues d'effet direct dans la mesure où ces mesures sont liées par la disposition de base : l'« **écran** » est en quelque sorte « **transparent** » car ces mesures sont prises en vertu d'un pouvoir lié, sans marge d'appréciation.

Enfin, on peut rencontrer une situation d'« **écran opaque** » qui n'est pas, non plus, dirimant quant à la reconnaissance de l'effet direct. C'est là l'hypothèse dans laquelle une mesure d'application, intermédiaire, est nécessaire, et qu'elle comporte une marge d'appréciation de la part de son auteur, mais cette appréciation n'est que procédurale, ne touchant pas, en tous cas, à la substance du droit conféré au particulier, ni à ses conditions essentielles d'exercice.

Le caractère « *suffisamment précis* », défini par la Cour comme correspondant à la définition d'une obligation « *dans des termes non équivoques* » (CJCE, 23 février 1994, Comitato di coordinamento, aff. n° 236/92, Rec. I - 497) se ramène le plus souvent au même souci. Il faut que la généralité de l'acte ne permette pas à communautaires ou nationaux (l'interprétation du législateur ou de l'administration) de s'intercaler entre l'acte

et le particulier. Il faut noter que l'interprétation du juge n'est pas en cause et qu'un acte peut donc être reconnu d'effet direct alors même qu'il nécessiterait une interprétation judiciaire (CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. n° C-262/88, Rec. I - 1889).

B. L'effet direct des différentes sources de droit de l'Union

On peut rencontrer des situations où l'effet direct résulte des caractéristiques liées au type d'acte, et des situations où sont en cause les caractéristiques du contenu de l'acte. On traitera à part le cas, particulier, des sources externes du droit communautaire, la démarche étant mixte: approche matérielle corrigée par la prise en compte de la nature de l'acte.

1. La prise en compte de la nature et de la fonction de l'acte

Ce sera déterminant pour les règlements et pour les décisions adressées aux particuliers.

a) Le règlement

La question est ici particulière dans la mesure où le traité présente comme une caractéristique de ce type d'acte, dans l'article 288 TFUE (ex-article 249 TCE) qu'il est « *directement applicable dans tout Etat membre* ». **C'est même le seul cas où le traité donne cette précision.**

Exemple

La Cour en a déduit que, par sa nature et sa fonction, le règlement « *produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger* » (CJCE, 14 décembre 1971, Politi, aff. n° 43/71, Rec. 1039).

On peut même renforcer encore cet effet direct de principe en précisant que le règlement ayant une portée générale, visant à obliger aussi bien les particuliers que les États membres, il s'agira d'un effet direct « *complet* » associant les dimensions verticale mais aussi horizontale (CJCE, 12 décembre 1974, Walrave, aff/ n° 36/74 ; Rec., 1420). La Cour a pu formuler sa conception avec beaucoup de détermination : le règlement étant présenté comme « *un acte normatif...ayant de plein droit un effet direct dans son ensemble* » (CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, aff. n° 41/74, Rec. 1337) ce qui évite donc d'avoir à raisonner disposition par disposition, article par article, comme y invite l'approche générale des critères matériels vus ci-dessus. Pour autant, il faut admettre que certains règlements peuvent nécessiter des actes nationaux de mise en œuvre, ce qui conduira à limiter l'effet direct à la possibilité pour les juridictions nationales « *de contrôler la conformité de ces mesures nationales avec le contenu du règlement communautaire* » (CJCE, 27 septembre 1979, Eridania, aff n° 230/78, Rec. 2749). Si l'on a longtemps pu considérer que cette compétence nationale ne s'assortissait en toute hypothèse d'aucun pouvoir discrétionnaire d'appréciation, la Cour, de manière quelque peu surprenante, a pris acte d'une telle marge d'appréciation des autorités nationales pour prendre des mesures d'application d'un règlement pour refuser que des particuliers puissent tirer des droits du règlement lui-même, en l'absence de telles mesures (arrêt du 11 janvier 2001, Monte Arcosu Srl, C-403/98, Rec. I-103), cette décision proposant une inflexion inédite et inattendue à la traditionnelle position de principe de l'arrêt Politi : « *si, en raison même de la nature des règlements et de leur fonction dans le système des sources du droit communautaire, les dispositions desdits règlements ont, en général, effet immédiat dans les ordres juridiques nationaux, sans qu'il soit besoin pour les autorités nationales de prendre des mesures d'application, certaines de leurs dispositions peuvent néanmoins nécessiter, pour leur mise en œuvre, l'adoption de mesures d'application par les États membres... eu égard à la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour la mise en œuvre desdites dispositions, il ne saurait être considéré que des particuliers peuvent tirer des droits de ces dispositions en l'absence de mesures d'application adoptées par les États membres* ».

On peut être gêné par l'approximation conceptuelle : dans cette jurisprudence, est en cause l'effet direct, la création de droits pour les particuliers, mais c'est « l'immédiateté » qui est nuancée par rapport à la formule Politi ; de plus, ce n'est pas la seule existence de toute règle intermédiaire d'application qui suffit à empêcher l'effet direct mais le fait que certaines de ces mesures mettent en œuvre un pouvoir discrétionnaire, ce qui devrait empêcher logiquement l'effet direct de la disposition appliquée, que les mesures nationales soient prises ou non.

Exemple

La Cour, depuis, semble avoir adopté comme formule de base celle de l'arrêt Monte Arcosu (arrêts du 24 juin 2004, Handlbauer, [C-278/02](#), Rec. I-6171 ; du 28 octobre 2010, SGS Belgique.a., [C-367/09](#), Rec. I-10761) ; ou du 14 avril 2011, Vlaamse Dierenartsenvereniging et Janssens, [C-42/10](#), [C-45/10](#) et [C-57/10](#), Rec. I-2975). Le Tribunal de Première Instance semble aussi avoir voulu consacrer cette nouvelle catégorie de règlements incomplets et finalement « imparfaits » et hétérodoxes au regard de l'article 288 TFUE en jugeant que les règlements en cause dans cette affaire « ne constituent pas des dispositions dont la mise en œuvre peut se faire directement sans l'intervention des règles intermédiaires des États membres » (ord. du 9 janvier 2007, LootusTeineOsaühing c/ Conseil, T-127/05, Rec. II-1).

En somme, la Cour a entamé un curieux travail de « détricotage ». Jusque là, sa jurisprudence avait interprété le traité prévoyant « l'applicabilité directe » des règlements comme signifiant une immédiateté et une aptitude à l'effet direct, cette dernière étant ensuite traduite en un effet direct général, complet et systématique. La jurisprudence récente remet en cause cet effet direct, qui ne serait plus que présumé jusqu'à preuve contraire, mais au prix de deux approximations puisque c'est l'immédiateté qui est relativisée, et que c'est la question de la mise en œuvre qui est en cause, l'exigence ou l'existence de mesures nationales de mise en œuvre n'étant pourtant pas en elle-même susceptible d'empêcher ni l'immédiateté, ni l'effet direct, la jurisprudence relative aux directives ou aux dispositions des traités étant là pour le prouver. Par ailleurs, la distinction entre les effets des directives et des règlements apparaît décidément de moins en moins nettement tranchée, sauf à considérer les choses sous forme de présomption non irréfragable, présomption d'effet direct pour

les règlements, présomption d'absence d'effet direct pour les directives, là encore pouvant être renversée à certaines conditions (cf. plus loin).

b) Les décisions adressées aux particuliers

L'effet direct consiste d'abord pour un acte à directement conférer des droits, ou directement imposer des obligations à des particuliers. On a vu que l'originalité du droit communautaire consiste à dépasser le critère, restrictif, du destinataire pour admettre que toute obligation suffisamment bien déterminée peut générer des droits, au-delà de ce destinataire explicite. S'agissant des décisions adressées aux particuliers, on retrouve cependant le critère simple du destinataire: il est indéniable qu'une décision adressée à un particulier peut lui conférer des droits ou lui imposer des charges. C'est donc **par définition que ce type de décisions possède un effet direct**.

2. La prise en compte du contenu de l'acte

C'est vraiment là que vont jouer les critères généraux matériels, substantiels identifiés ci-dessus : **il s'agira de vérifier que telle ou telle disposition contenue dans un acte de droit communautaire possède des caractéristiques matérielles lui permettant une application directe à une situation particulière (ce qui oblige alors le juge national à procéder à une telle mise en application)**. Cette problématique est surtout celle du droit primaire, mais elle a aussi joué, de manière spécifique et problématique, pour les directives (et les décisions adressées aux États membres).

a) Le droit primaire

C'est à propos des différents articles des traités, spécialement le traité CE, qu'ont été dégagés les critères concrétisant l'approche de la Cour dans l'arrêt Van Gend en Loos. Il ne faut surtout pas, en effet, considérer que l'éminence juridique du droit primaire emporterait comme conséquence le caractère général de son effet direct. On rencontre dans ces traités **trois types de situations** :

Certaines dispositions (articles du traité ou telle ou telle partie, paragraphe, ou alinéa d'un article) ont un **effet direct complet** : il s'agit bien sûr des obligations concernant les particuliers (ou s'adressant à eux) -entreprises, employeurs...- et pas seulement les États. Citons :les règles de concurrence applicables aux entreprises, articles 101 et 102 TFUE, ou les dispositions déclinant le principe de non discrimination :

- non discrimination salariale entre les sexes, article 157 TFUE,
- ou non discrimination à raison de la nationalité en matière d'emploi salarié, article 45 TFUE,
- ou de droit d'établissement, article 49 TFUE...

La majorité des dispositions primaires visent les États, de sorte que les particuliers ne pourront éventuellement les invoquer qu'à l'encontre de ces États, et pas vis-à-vis d'un autre particulier **effet direct vertical** : ainsi l'article 34 TFUE (ex art. 28 TCE) prohibant les restrictions quantitatives aux échanges, ou l'article 110 TFUE (ex art. 90 TCE) interdisant les taxes discriminatoires ou protectrices... Enfin, certaines clauses des traités se sont vues **refuser tout effet direct**.

Exemple

Par exemple : l'article 2 TCE (désormais, en substance, art. 3 TUE) déterminant de manière générale les objectifs du traité, ou l'article 10 TCE (désormais en substance art. 483 TUE) retraçant de manière générale les obligations découlant pour les États de leur appartenance à la Communauté.

b) Les directives (et décisions adressées aux États membres)

Ces actes se caractérisent par le fait qu'ils s'adressent aux États membres, de sorte qu'a priori ils ne sauraient atteindre les particuliers qu'indirectement, par l'intermédiaire des mesures nationales. La Cour de justice

a cependant admis la possibilité d'un effet direct et l'on peut distinguer **deux temps successifs dans sa démarche**:

Elle a d'abord purement et simplement appliqué à ces actes les critères de l'effet direct dégagés pour les dispositions des traités.

Exemple

Dans des arrêts concernant une décision ou la combinaison des dispositions du traité et d'une directive (CJCE, 06 octobre 1970, Franz Grad, aff. n° 9/70, Rec. 825 ; CJCE, 17 décembre 1970, SACE, aff. n° 33/70, Rec. 1213), le raisonnement était déjà clair, qui sera explicité vis-à-vis d'une directive seule dans l'arrêt du 04 décembre 1974 (Van Duyn, aff. n° 41/74, Rec. 1337) il s'agit de tirer les conséquences logiques de l'effet contraignant que comportent pour leurs destinataires (les États membres) ces décisions et les directives.

L'effet utile de ce caractère obligatoire exige que les particuliers, quand bien même ce ne serait pas confirmé explicitement par le traité dans l'article 189 CE (désormais 249) puissent s'en prévaloir devant les juridictions nationales, dès lors que les caractéristiques techniques (dispositions inconditionnelles et suffisamment précises) de ces actes le permettent.

On peut relever la coïncidence entre cette jurisprudence et une tendance des autorités communautaires à adopter des directives particulièrement détaillées dans leur assignation d'un « *objectif* ». Quoi que l'on puisse penser de cette pratique au regard de l'esprit d'équilibre et de partage des rôles ayant conduit à imaginer l'instrument qu'est la directive, il faut bien admettre que la Cour, loin d'y voir une éventuelle perversion, consacrait cette politique. Si la Cour en est restée là à l'égard des décisions adressées aux États membres, elle a ensuite développé une **démarche spécifique pour les directives, destinée à adapter cette logique de l'effet contraignant au fait que ces actes se limitent, à l'égard des États, à une obligation quant au résultat**. Si le raisonnement est donc toujours le même, il va prendre une forme plus « *conjoncturelle* » que matérielle, l'effet direct n'étant dès lors admis que par exception (la Cour insiste lourdement sur le fait que les effets de la directive atteignent les particuliers par l'intermédiaire des mesures d'application nationale, lorsque cette mise en œuvre se fait correctement) dans un certain contexte (contexte pathologique selon l'excellente expression de Guy Isaac) caractérisé par l'absence d'exécution correcte dans le délai imparti par la directive.

Le raisonnement, comme c'est souvent le cas pour la Cour, veut emporter la conviction par une démonstration logique irréfutable, pouvant cependant s'apparenter à des solutions juridiques connues, telles que l'« *estoppel* » du droit international, ou le principe général « *nemo auditur...* ».

Exemple

Dans l'arrêt du 4 avril 1979, Ratti, affaire n° 148/78, Rec., 1629, la Cour, très clairement développe ce raisonnement selon lequel l'Etat défaillant ne saurait opposer aux particuliers le non accomplissement par lui-même des obligations que comportait la directive.

La particularité de l'approche et le fait que l'effet direct éventuel soit une résultante de l'obligation de résultat imposée par la directive aux Etats destinataires ont pour conséquence que **la Cour de justice n'admet qu'un effet direct vertical**, la directive ne pouvant être invoquée qu'à l'encontre de ces États, et pas dans un contentieux entre particuliers (CJCE, 26/02/86, Marshall, aff. n° 152 / 84, Rec. 723). De même, les décisions adressées aux États membres n'ont pas d'effet direct horizontal : CJCE 7 juin 2007, Carp SNC, aff. C-80/06, Rec. I. 4473).

Ajoutons que cette idée majeure ayant conduit à l'exclusion de l'effet direct horizontal, selon laquelle la directive ne peut imposer d'obligation qu'à l'État, et non à un particulier, conduit à exclure « **l'effet direct inversé ou descendant** », c'est à dire la possibilité pour l'État d'invoquer une directive à l'encontre d'un particulier (CJCE, 08/10/87, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86)

En revanche, un **effet horizontal collatéral** est admis ; C'est une situation triangulaire dans laquelle un particulier invoque une directive à l'encontre de l'État (l'État n'a pas fait l'étude d'impact imposée par une directive avant d'autoriser l'extension d'une carrière) mais ceci a des répercussions indirectes négatives sur

un autre particulier (exploitant de la carrière) : l'invocabilité est cependant admise (CJCE, 7/01/04, Welles, aff. C-201/02).

Il se trouve que la conception de la Cour s'agissant de « l'État » est très extensive, ce qui la conduit à ranger sous ce concept toutes les formes d'intervention de l'État, que ce soit en tant que puissance publique ou en tant qu'employeur. Par exemple, CJCE, 26 février 1986, Marshall, aff. n° 152/84, Rec., 723 ; de même que ses démembrements territoriaux (collectivités décentralisées), CJCE, 22 juin 1989, Fratelli Costanzo, aff. n° 103/88, Rec., 1839 ou fonctionnels, pour une entreprise publique : CJCE, 12 juillet 1990, Foster, aff. n° C-188/89, Rec., I - 3313.). Plus largement, les personnes privées contrôlées par l'État lui sont assimilées, sous peine de fournir à l'État un moyen d'échapper à leurs obligations. Pour l'invocabilité (on parle alors **d'effet direct démembré ou oblique**) à l'encontre d'une société d'autoroute, CJCE 5/02/04, Rieser International Transporte, aff. C-157/02).

Dès lors, la rigueur de cette limitation à un effet vertical devient plus friable (l'obligation de transposition correcte n'ayant pas la même réalité pour toutes ces dimensions de l'État) en même temps qu'on la découvre bien problématique : en effet, une conséquence inattendue est **une discrimination difficilement justifiable entre les salariés du secteur public, qui pourront invoquer certaines directives vis-à-vis de leur employeur (l'État) alors que les salariés du secteur privé ne le pourront pas !**

Malgré les conclusions d'Avocats généraux alertant la Cour sur ce problème depuis des années, celle-ci n'a cessé de confirmer sa position, par exemple dans l'arrêt Faccini Dori du 14 juillet 1994 (aff. n° C-91/92, Rec., I - 3325), sa défense consistant à refuser au nom de la différence entre règlement et directive, qui serait réduite à néant si les directives pouvaient bénéficier d'un effet direct complet, la Cour s'employant en second lieu à relativiser le « *préjudice* » subi par les particuliers ne pouvant obtenir la « *mise en application* » d'une directive : même dans un litige les opposant à un autre particulier, ils disposent, en effet, des autres dimensions de l'invocabilité (l'invocabilité minimale de prise en considération pour reprendre notre intitulé du paragraphe suivant) leur permettant d'obtenir une interprétation conforme du droit national à la lumière du texte et des objectifs de la directive, ou une réparation (par l'État) du dommage qu'aurait pu leur causer l'absence de transposition correcte. Cf. dans le même sens, mais de manière plus lapidaire, CJCE 07/06/07, Carp SNC, aff. C-80/06.

Pour autant, et malgré ces efforts d'adaptation, la Cour de justice n'a pu convaincre, pendant longtemps, quelques juridictions nationales au premier rang desquelles on trouve le Conseil d'État français.

Exemple

Celui-ci, dès 1978 (C.E., 22 décembre 1978, Cohn - Bendit) a adopté une conception formelle déduisant de l'article 249 CE (ex-article 189) une opposition radicale entre les règlements (dont l'article 249 affirme l'applicabilité directe) et les directives vis-à-vis desquelles les autorités nationales « *restent seules compétentes pour... fixer... les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne* » ; et le Conseil d'État de rejeter sans ambages l'approche matérielle pourtant adoptée par la Cour de justice : « *quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'égard des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel* ».

Pour être frontale sur le plan des principes, l'opposition du Conseil d'État est cependant loin de priver de tout effet interne les directives, et elle permet aux particuliers de s'en prévaloir dans nombre de cas. D'abord, le Conseil d'État, dès l'arrêt Cohn-Bendit, ne refuse l'invocabilité qu'à l'encontre d'un acte administratif individuel, ce qui implique qu'il l'admet à l'encontre d'une mesure de portée générale, acte réglementaire de mise en œuvre de la directive (C.E., 28 septembre 1984, Confédération nationale des sociétés de protection des animaux), ou mesure réglementaire intervenant dans le champ de la directive (C.E., 07 décembre 1984, Fédération française des sociétés de protection de la nature).

De plus, par le biais de l'exception, il est possible, à l'occasion d'un recours contre un acte de portée individuelle, d'invoquer la non conformité vis-à-vis de la directive d'un acte à portée générale dont l'acte attaqué serait une application (C.E., 08 juillet 1991, Palazzi), ceci étant possible même vis-à-vis d'une mesure législative de transposition de la directive : C.E., 17 mars 1993, Groupement pour le développement de la coiffure. Si l'on ajoute que le Conseil d'État admet les dimensions de l'invocabilité non liées à l'effet direct **vu**

infra au titre de « l'invocabilité de prise en considération », telles que l'invocabilité d'interprétation conforme (C.E., 22 décembre 1989, Cercle militaire de la caserne Mortier), ou l'invocabilité de réparation (C.E., 28 février 1992, Soc. Arizona Tabacco Products), et qu'il a également accepté de contrôler que les mesures nationales ne compromettent pas le résultat visé par la directive, avant même l'expiration du délai de transposition (jurisprudence Inter-Environnement Wallonie - C.E., 10 janvier 2001, France Nature Environnement, Europe, mai 2001, com., n° 152) on peut conclure que dans les faits, l'opposition de principe du Conseil d'État n'aura pas fréquemment d'incidence négative sur les possibilités pour les particuliers de se prévaloir d'une directive. Ce sera cependant le cas lorsque seule l'invocabilité de substitution, spécifique de l'effet direct, aurait pu permettre à un requérant attaquant un acte individuel de se faire directement appliquer une disposition inscrite dans une directive et impliquant la prise de mesures nationales positives de mise en œuvre, qui, par hypothèse, seraient absentes. Même si l'ampleur de cet éventail de possibilités admises par le Conseil d'État a parfois pu impressionner une doctrine qui a cru pouvoir annoncer la fin de la jurisprudence Cohn-Bendit, la haute juridiction administrative s'en est pourtant tenue à une reproduction à l'identique de celle-ci, dans des arrêts comme ceux du 29 septembre 1998, Ferrari, ou du 28 juillet 1999, Sud d'Avrillé.

Le Conseil d'État est longtemps demeuré rigide sur le principe et n'a pas été, pendant plus de 30 ans, sensible à la conception non dogmatique de la Cour insistant sur le caractère marginal et curatif de l'effet direct des directives ; il ne semble pas non plus avoir été rapidement ébranlé par la précision de l'article 34-2-b TUE qui, à propos des décisions-cadres dans le troisième pilier de l'Union, lesquelles reproduisent le même schéma de répartition des rôles entre les autorités européennes (objectifs à atteindre) et les instances nationales (compétentes quant à la forme et aux moyens) que les directives, exclut explicitement que ces actes puissent « entraîner d'effet direct », ce qui, a contrario, pourrait apparaître comme une validation par les rédacteurs des traités de la possibilité contraire au profit de la directive communautaire (en revanche, les autres types d'invocabilité ne sont pas exclus pour la décision-cadre : pour l'invocabilité d'interprétation conforme : CJCE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03, Rec. I- 5285). De même, le Conseil d'État n'a pas vacillé quand le Conseil constitutionnel a reconnu que les directives pouvaient contenir des dispositions « inconditionnelles et précises » (CC, n° [2004-496 DC](#) du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, AJDA 2004. 1534), et il l'a lui-même confirmé (C.E., Ass., 8 févr. 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, req. n° [287110](#)), ou lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a admis que les « directives ... peuvent, dans certaines circonstances, avoir un effet direct vertical » (CEDH, 30 juin 2005, grande chambre, Bosphorus c/ Irlande, req. n° [45036/98](#), §93). Dans un autre contexte, le Commissaire du gouvernement M. GUYOMAR, dans ses conclusions sous l'arrêt Arcelor (C.E., Ass., 8 févr. 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine, préc.) considérait comme hasardeux pour le Conseil de faire cavalier-seul ... Il faut donc saluer les conclusions qu'il a lui-même prononcé dans l'**affaire Perreux** (C.E., 30/10/09, Mme P.) : « *Il est des isolements splendides ; d'autres sont pathétiques. Le vôtre, sur la question qui nous intéresse aujourd'hui, échappe à ces deux qualificatifs. Mais il est pour le moins préoccupant. Lorsqu'une règle commune a vocation à être appliquée par de nombreuses juridictions, un consensus jurisprudentiel n'est jamais anodin. Celui qui existe aujourd'hui en Europe sur la question de l'effet direct des directives révèle la nécessité que vous vous interrogiez sur la pérennité de la solution que vous avez retenue le 22 décembre 1978.* ». Il se réfère à trois séries de considérations :

De nouvelles circonstances de droit d'abord : contexte communautaire : en ne saisissant pas les occasions de Maastricht, Amsterdam...pour réviser l'article 249, les États membres ont tacitement accepté l'effet direct des directives (idem en le refusant explicitement aux décisions cadres) ; contexte national ensuite : si l'obligation de transposition des directives dans l'ordre juridique interne découle à la fois des dispositions de l'article 249 du TCE et de l'article 10 du même traité, il s'agit désormais aussi d'une obligation constitutionnelle en vertu de l'article 88-1 de la Constitution. C'est donc à l'aune de cette double obligation, communautaire et constitutionnelle, qu'il convient d'apprécier les conséquences à tirer d'une carence de l'Etat dans la transposition d'une directive.

Deuxième considération : l'évolution de la conception que se fait le C.E. de son office en tant que juge communautaire (cf. Arcelor...), c'est à dire le souci d'assurer l'effectivité des droits issus du droit communautaire alors qu'en 1978, et à juste titre historique, le souci était de bien marquer la répartition des compétences entre les États et la Communauté. De manière remarquable, Guyomar explique que cette approche nouvelle repose sur la spécificité de la construction communautaire dont les mécanismes affectent

non seulement les États mais aussi leurs ressortissants, sur l'idée même de Communauté dont l'existence dépend autant sinon plus des citoyens justiciables que des autorités nationales.

Troisième raison : l'efficacité incomparable de l'invocabilité de substitution. Autrement dit, même si les évolutions sophistiquées de la jurisprudence du C.E. ont permis de réduire à presque rien les hypothèses de solution différente d'une invocabilité de substitution cela existe cependant et puis il vaut mieux une solution simple et directe plutôt qu'une construction complexe et rapprochée.

Remarque

Jurisprudence : Le résultat : arrêt du Conseil d'État avec quelques commentaires insérés.

Assemblée du contentieux, Lecture du 30 octobre 2009, N° [298348](#) :

« Mme P.

*Vu la Constitution, notamment son Préambule et les articles 1er, 55 et **88-1** (notons ce fondement) ;*

*Vu le **traité instituant la Communauté européenne** ;*

*Considérant que la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du **Traité instituant la Communauté européenne**, revêt, **en outre**, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle ; que, pour chacun de ces deux motifs (**un seul suffit donc**), il appartient au juge national, juge de droit commun de l'application du droit communautaire, de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques (**changement de perspective**) ; que tout justiciable peut en conséquence 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 (**invocabilité d'exclusion**) ; qu'en outre, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire (**contraire à la jurisprudence Cohn Bendit**), des dispositions précises et inconditionnelles (**cela reste nécessaire**) d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires (**même démarche que la CJCE**) ;*

Considérant qu'aux termes de l'article 10 de la directive du 27 novembre 2000 :

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement. (...)

5. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente. » ;

*qu'en vertu du cinquième paragraphe de cet article, les dispositions précitées relatives à l'aménagement de la charge de la preuve n'affectent pas la compétence laissée aux États membres pour décider du régime applicable aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction (**donc pas précis et inconditionnel**) ; que tel est l'office du juge administratif en droit public français ; qu'ainsi, eu égard à la réserve que comporte le paragraphe 5 de l'article 10, les dispositions de ce dernier sont dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative ; ».*

3. La prise en compte du contenu de l'acte corrigée selon la nature de l'acte

Les sources externes en cause sont à la fois les accords conclus par l'Union et les actes unilatéraux que peuvent prendre les organes de gestion éventuels de tels accords (CJCE, 20 septembre 1990, Sevince, aff. n° C-192/89, Rec., I - 3461). Ajoutons que l'Union peut être liée par un tel accord non seulement quand elle l'a conclu, mais aussi par sa substitution à ses États membres (CJCE, 12 décembre 1972, International Fruit Company, aff. 21 à 24/72).

Les critères matériels (caractère suffisamment précis, inconditionnel) de l'effet direct permettront de reconnaître un effet direct, La Cour souligne cependant que les critères de l'effet direct, notamment le critère matériel de l'obligation claire, précise et parfaite en ce que non subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'un acte ultérieur, doivent être utilisés, s'agissant d'une disposition d'origine internationale, « eu égard » à ses termes ainsi qu'« à l'objet et à la nature de l'accord » (CJCE, 30 sept. 1987, Demirel, préc. ; CJCE, 27 sept. 2001, Gloszczuk, aff. C 63/99, Rec. I. 6369 ; CJCE, 8 mai 2003, Wählergruppe Gemeinsam, aff. [C 171/01](#), Rec. I. 4301 ; TPI 30 mars 2006, Tarim, aff. T-367/03, Rec. II. 873 ; CJCE 14 déc. 2006, Gattousi, aff. C-97/05, Rec. I. 11917). Pour le dire autrement, il ne faut pas que « la nature et l'économie » de l'accord externe s'oppose à cette invocabilité (pour un rappel récent (CJ, 15 mars 2012, SCF, aff. [C-135/10](#)).

Ceci signifie que la nature d'accord externe ne prive pas de toute possibilité d'effet direct ce type d'instrument, mais que leur effet direct ne pouvant se prévaloir du caractère « naturel » mis en évidence par la Cour dans l'arrêt Van Gend en Loos et de cette sorte de présomption d'effet direct qui s'attache au droit de l'intégration, les critères seront appréciés différemment (concrètement, ceci signifie qu'une disposition du traité CE qui serait reproduite comme c'est courant dans un accord externe pourrait se voir reconnaître effet direct en tant qu'article du traité CE, et pas en tant que clause d'accord international, l'identité de rédaction n'empêchant pas la différence entre un contexte d'intégration traité CE et un contexte de coopération convention CE - État tiers).

Notons que la Cour a pu refuser l'effet direct des accords OMC dans leur ensemble (CJCE, 23 nov. 1999, Portugal c/ Conseil, aff. [C-149/96](#), Rec. I. 8395 ; CJCE, 12 mars 2002, Omega Air e.a., aff. jointes [C-27/00 et C-122/00](#), Rec. I. 2569, point 93 ; CJCE, 9 janvier 2003, Petrotub et Republica c/Conseil, aff. [C-76/00 P](#), Rec. I. 79, point 53 ; CJCE, 30 septembre 2003, Biret International c/Conseil, aff. [C-93/02 P](#), Rec. I.10497, point 52) mais en développant une approche tout autant diplomatique que juridique: compte tenu que le système de l'OMC ménage une place importante aux négociations entre parties, aboutissant notamment à l'obtention « d'avantages mutuels », et puisque les partenaires importants de la Communauté ne reconnaissent pas la possibilité pour leurs juridictions de vérifier la conformité de leur droit interne au regard de ces accords OMC, imposer, dès lors, au juge communautaire, de contrôler une telle conformité reviendrait à priver les organes exécutifs et législatifs de la Communauté d'une marge de manœuvre, dans leurs négociations, latitude dont disposeraient leurs partenaires commerciaux, ce qui serait préjudiciable à la réciprocité et aux intérêts communautaires. La Cour a abouti à la même conclusion négative pour des accords particuliers dans le cadre de l'OMC, comme l'accord TRIPs (CJCE, 14 déc. 2000, Dior, aff. jointes [C-300/98 et 392/98](#), Rec. I. 11307), tout en admettant que les juges nationaux et communautaires avaient l'obligation d'interpréter le droit communautaire, dans la mesure du possible, conformément à ce dernier (CJCE, 16 juin 1998, Hermès, aff. [C-53/96](#), Rec. I. 3603 ; CJCE, 14 déc.2000, Dior, préc. ; CJCE, 11 sept. 2007, Merck Genériques, aff. [C-431/05](#), Rec. I. 7001). L'absence d'effet direct des accords OMC est désormais à ce point établie par la jurisprudence que la Cour utilise la procédure rapide et répond aux juges nationaux qui poseraient encore la question par ordonnance motivée (CJCE, ord., 2 mai 2001, OGT Fruchthandels-gesellschaft mbH, aff. [C-307/99](#), Rec., I. 3159). Cette absence d'effet direct vaut également à l'égard des décisions de l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC (TPI, 20 mars 2001, Cordis c/ Commission, aff. T-18/99, Rec. II. 913 ; TPI, 3 fév. 2005, Chiquita Brands, aff. T-19/01, Rec. II. 315 ; CJCE, 1^{er} mars 2005, Léon Van Parys NV, aff. [C-377/02](#), Rec. I. 1465).

Section 2. L'invocabilité de prise en considération

Il y a là, en quelques sortes, une portée indirecte du droit communautaire pour les particuliers, qui a été mise en évidence assez récemment, étant longtemps restée masquée par l'effet direct. La Cour a indiqué que le droit communautaire, qu'il ait ou non effet direct, pouvait être invoqué par les particuliers devant leur juge interne, et que celui-ci devait le prendre en considération, permettant ainsi au justiciable de tirer profit du droit communautaire alors même qu'il s'agit de dispositions ne présentant pas les caractéristiques techniques suffisantes pour que le juge les « applique » sans sortir de son rôle de juge. Il faut cependant, pour pouvoir invoquer une disposition, qu'elle permette d'identifier un droit pour le particulier. On peut ici distinguer une invocabilité de régularisation du droit national, et une invocabilité de réparation qui, dans l'absolu, peut être déclinée en une invocabilité de récupération (important contentieux de la répétition de l'indu) et une invocabilité d'indemnisation qui, particulièrement originale, sera la seule à être détaillée ici.

§ 1. L'invocabilité de régularisation du droit national

Le particulier peut solliciter son juge national pour que celui-ci, en considération du droit communautaire, interprète ce droit national conformément au droit communautaire, ou écarte une disposition nationale contraire. Dans les deux cas, ceci peut suffire à apporter satisfaction au particulier. Et dans les deux cas, sous réserve, pour le second, de l'arrêt Poplawski du 24 juin 2019 (cf. *infra*), il n'y a pas (pas forcément pour ce second cas) « application » du droit de l'Union.

Exemple

La Cour, cf. l'arrêt du 4 février 1988 (Murphy, aff. n° [157/86](#), Rec. 686) a indiqué l'ordre logique de ces deux opérations, le juge devant donner une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire, et, si une telle interprétation n'est pas possible, devant alors laisser inappliquée toute règle nationale contraire, point 11 des motifs.

Pour des rappels récents : CJ, 24 janvier 2012, Maribel Dominguez, aff. [C-282/10](#) ; CJ, 24 mai 2012, Amia SpA, aff. [C-97/11](#).

A. L'invocabilité d'interprétation et d'application conforme

La Cour a essentiellement développé vis-à-vis des directives cette obligation des juges nationaux d'interpréter le droit national de manière à assurer l'effectivité du droit communautaire. L'arrêt de principe (10 avr. 1984, Von Colson, aff. [C-14/83](#)) explicite cette obligation d'interprétation, à la lumière du texte et de la finalité de la directive, qui a pu être affirmée ultérieurement dans des espèces où ne jouait indiscutablement pas l'éventuel effet direct de la directive (par exemple lors d'un litige entre particuliers), ce qui permet de la détacher d'un tel effet (CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, aff. [C-06/89](#), Rec. I-4135, ou CJCE, 7 déc. 1995, Luigi Spano, aff. [C-472/93](#), Rec. I-4321).

1. Fondement

Le raisonnement de la Cour, dans l'arrêt Von Colson, pêche sans doute par l'interprétation tautologique qu'elle adopte quant à l'obligation de coopération loyale de l'article 5 du traité CEE. En effet, la Cour part de l'obligation des États membres d'atteindre le résultat prévu par une directive (art. 189 TCEE, désormais art. 288 TFUE), qu'elle conforte par le supposé devoir de ces derniers, au titre de l'article 5, de prendre toutes les mesures propres à assurer l'exécution de *cette* obligation (là est l'erreur d'interprétation, l'obligation de coopération loyale consistant pour les États membres à devoir adopter les mesures nécessaires à l'exécution *des* obligations dérivant du droit de l'Union et pas de *leurs* obligations, puisque dans une telle situation, ce devoir de coopération loyale n'ajouterait rien au caractère obligatoire préalable), ce devoir s'imposant aussi aux juridictions nationales devant dès lors interpréter le droit nationale et spécialement les actes de transposition d'une directive à la lumière du texte et de la finalité de cette directive. D'autres arrêts font dériver plus simplement l'obligation d'interprétation conforme du caractère contraignant d'un acte de droit de l'Union.

Exemple

Par ex. CJ, 28 juill. 2016, JZ, aff. [C-294/16 PPU](#).

Dans un deuxième temps, la Cour a affirmé que « *l'exigence d'une interprétation conforme du droit national est inhérente au système du traité en ce qu'elle permet à la juridiction nationale d'assurer... la pleine efficacité du droit communautaire* » (arrêt du 5 oct. 2004, Pfeiffer e.a., aff. [C-397/01 à C-403/01](#), Rec. I-8835 ; ou arrêt du 19 janv. 2010, Küçükdeveci, aff. C 555/07, Rec. I-365. Désormais, la Cour précise qu'il s'agit du « système du traité FUE » (arrêt du 24 janv. 2012, Dominguez, aff. [C-282/10](#) ; arrêt du 8 nov. 2016, Ognyanov, aff. [C-554/14](#) ; arrêt du 29 juin 2017, Popawski, aff. [C-579/15](#) ; ou arrêt du 6 juill. 2017, Glencore Grain Hungary, aff. [C-254/16](#)), toujours en lien avec l'objectif d'efficacité du droit de l'Union. La référence est également quasi systématique, s'agissant de préciser ce que requiert l'obligation d'interprétation conforme, à la finalité de « *garantir la pleine effectivité* » de la directive (arrêt du 4 juill. 2006, Adeneler e.a., aff. [C-212/04](#), Rec. I-6057) ou arrêt du 10 oct. 2013, Spedition Welter, aff. [C-306/12](#)) ou de la décision-cadre (arrêt du 29 juin 2017, Popawski, aff. C-579/15, préc. ; ou arrêt du 28 juill. 2016, JZ, aff. [C-294/16 PPU](#), préc.) en cause.

2. Portée

Il faut préciser que cette dimension de l'invocabilité minimale existe aussi vis-à-vis **d'autres actes que les directives** (pour une disposition relevant du droit primaire : CJCE, 4 févr. 1988, Murphy, aff. [157/86](#), Rec. 686 ; pour une décision cadre : arrêts du 16 juin 2005, Pupino, aff. [C-105/03](#), Rec. I-5285, du 8 nov. 2016, Ognyanov, aff. [C-554/14](#) du 29 juin 2017, Popawski, aff. C-579/15, préc. ou du 28 juill. 2016, JZ, aff. C-294/16 PPU, préc. ; pour un accord-cadre mis en œuvre par une directive : arrêt du 7 sept. 2017, H., aff. [C-174/16](#) ; pour un règlement, CJCE, 7 janv. 2004, X., aff. [C-60/02](#), Rec. I-651) **et s'impose, au-delà des juges nationaux**, à « *toutes les autorités d'un État membre* » (CJCE, 5 juill. 2007, Kofoed, aff. C-321/05, Rec. I-5795). L'interprétation conforme s'impose pour toutes les sources de droit interne, y compris la jurisprudence (CJCE, 13 juill. 2000, Centroteel, aff. C-456/98, Rec. I-6007 ; arrêt du 8 nov. 2016, Ognyanov, aff. C-554/14, préc. ; ou arrêt du 29 juin 2017, Popawski, aff. C-579/15, préc.). Enfin, il faut préciser que l'obligation d'interprétation conforme doit être positionnée dans un **cadre plus large d'application du droit de l'Union par les autorités internes** ; l'ensemble de cette jurisprudence vise en effet une obligation d'interprétation conforme pour les juges nationaux « *en appliquant le droit interne* » (arrêt du 6 juill. 2017, Glencore Grain Hungary, aff. [C-254/16](#), préc., par exemple) ; la formulation déborde d'ailleurs parfois de la stricte interprétation pour évoquer une interprétation et une application conformes aux exigences du droit de l'Union

Exemple

Par ex. CJCE, 4 févr. 1988, Murphy, aff. [157/86](#) ; CJCE, 18 déc. 2007, Frigerio Luigi & C., aff. [C-357/06](#), Rec. I-12311 ; ou CJ, 7 sept. 2017, H., aff. [C-174/16](#), préc..

3. Limites

L'obligation d'interprétation conforme connaît certaines limites :

- On peut citer les **principes généraux du droit**, en particulier ceux de sécurité juridique et de non-rétroactivité (arrêts du 16 juin 2005, Pupino, aff. [C-105/03](#), préc. ; du 4 juill. 2006, Adeneler e.a., aff. [C-212/04](#), préc. ; du 8 nov. 2016, Ognyanov, aff. [C-554/14](#), préc. ; ou du 29 juin 2017, Poplawski, aff. [C-579/15](#), préc.).
- De surcroît, le principe d'interprétation conforme ne peut servir de fondement à une **interprétation contra legem** du droit national (par exemple ordonnance du 12 juin 2008, Vasilakis e.a., aff. [C-364/07](#), Rec. I-90* ; arrêt du 27 févr. 2014, OSA, aff. [C-351/12](#) ; ou arrêt du 28 juill. 2016, JZ, aff. [C-294/16 PPU](#), préc.).
- Par ailleurs, « *un problème spécifique se pose en ce qui concerne l'application du principe d'interprétation conforme en matière pénale* » (CJCE, 7 janv. 2004, X., aff. [C-60/02](#), Rec. I-651). En effet, cette obligation du juge national ne peut pas aboutir à mettre à mal le principe général interdisant d'alourdir un régime de répression pénale, la Cour ayant imposé cette limite vis-à-vis de l'interprétation conforme de directives (cf. notamment CJCE, 11 juin 1987, Pretore di Salò, aff. 14/86, Rec. 2545), de décisions-cadres (arrêt du 16 juin 2005, Pupino, aff. [C-105/03](#), préc.), comme de règlements (CJCE, 7 janv. 2004, X., aff. [C-60/02](#), préc.). Plus précisément, l'interprétation conforme ne peut aggraver, sur le fondement des actes de l'Union en cause, la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à leurs dispositions (cf. aussi les arrêts du 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86, Rec. 3969 ; du 8 nov. 2016, Ognyanov, aff. [C-554/14](#), préc. ; ou du 29 juin 2017, Poplawski, aff. [C-579/15](#), préc.).

4. Relativisation apparente

Une précision doit être apportée. Si les premiers arrêts, s'agissant des directives, imposaient de manière générale aux autorités nationales et spécialement au juge interne « d'interpréter son droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé » (arrêt Von Colson, préc., ou CJCE, 15 mai 1986, Johnston, aff. [222/84](#), Rec. 1651), la Cour va ensuite moduler l'obligation, la juridiction nationale étant « tenue de le faire *dans toute la mesure du possible* » (CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, aff. [C-106/89](#), Rec. I-4135 ; 14 juill. 1994, Faccini Dori, aff. [C-91/92](#), Rec. I-3325, ou CJCE, 11 juill. 2002, Marks & Spencer, aff. [C-62/00](#), Rec. I-6325 ; plus récemment CJ, 7 sept. 2017, H., aff. [C-174/16](#), préc., ou arrêt du 6 juill. 2017, Glencore Grain Hungary, aff. [C-254/16](#), préc.), cette formule s'imposant jusqu'à aboutir à une formulation de principe, dépassant le cas des directives : « *il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi interne qu'elle doit appliquer, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit communautaire.* » (CJCE, 27 oct. 2009, CEZ, aff. [C-115/08](#), Rec. I-10265).

5. Gradation

Cette modulation ne vaut aucunement altération de l'obligation du juge : l'approche est désormais bien fixée : « *Il appartient à la juridiction nationale de donner à une disposition de droit interne, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire et, pour autant qu'une telle interprétation conforme ne soit pas possible, de laisser inappliquée toute disposition du droit interne qui serait contraire à ces exigences* ».

Exemple

Par ex. arrêt du 22 mai 2003, Connect Austria, aff. [C-462/99](#), Rec. I-5197 ; CJCE, 18 déc. 2007, Frigerio Luigi & C., aff. [C-357/06](#), Rec. I-12311) : autrement dit, c'est là simple expression de la progressivité logique dans le cadre des diverses modalités de la « régularisation » du cadre juridique national.

La Cour a pu présenter sous une autre forme le lien entre interprétation conforme et éviction :

Exemple

dans l'arrêt du 24 janvier 2012, Dominguez, aff. [C-282/10](#), précité, elle précise que « d'emblée, il y a lieu de relever que la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible », ce lien particulier entre les deux dimensions d'invocabilité étant parfois autrement mis en évidence : « *avant de laisser inappliquées des dispositions nationales dans une affaire telle que celle au principal, il incombe à la juridiction nationale de vérifier, en prenant en considération non seulement lesdites dispositions mais aussi l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par ce droit, si elle ne peut pas parvenir à une interprétation dudit droit national qui soit conforme au texte et à la finalité de la directive en cause* » (arrêt du 24 mai 2012, Amia, aff. [C-97/11](#)). Dans l'arrêt

Connect Austria, précité, la Cour précise avec pédagogie que « *si une application du droit national conforme aux exigences de l'article 5 bis, paragraphe 3, de la directive 90/387 n'est pas possible, la juridiction nationale a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition dans la mesure où son application, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire à ladite directive, tandis que sa non-application rendrait le droit national conforme à celle-ci* ».

Mais la Cour, en cas d'impossible régularisation par l'interprétation conforme, évoque aussi parfois d'autres alternatives qui sortent du domaine de cette « régularisation » ; par exemple l'effet direct éventuel de la disposition de droit de l'Union en cause.

Exemple

Arrêt du 24 janv. 2012, Dominguez, aff. [C-282/10](#), préc. ; ou arrêt du 25 juin 2015, Indeliu ir investiciju draudimas, aff. [C-671/13](#)) ou l'invocabilité de réparation fondée sur la jurisprudence Francovich (arrêt du 26 mars 2015, Fenoll, aff. [C-316/13](#) ; ou arrêt du 7 juill. 2016, Ambisig, aff. [C-46/15](#)).

B. L'invocabilité d'exclusion

Les particuliers peuvent demander à leur juge de prendre en compte une disposition communautaire afin d'en déduire la mise à l'écart ou l'annulation du droit national contraire. Pure et simple conséquence du principe de primauté, cette invocabilité est générale et trouve, par exemple, sa traduction dans la jurisprudence, vue plus haut, par laquelle le Conseil d'État français a accepté de contrôler le respect des directives par des actes réglementaires et même par des lois (C.E., 28 février 1992, Rothmans International France), précité sans même se préoccuper de l'éventuel effet direct des directives en question (on sait que le Conseil refusait alors de reconnaître cet effet).

Une claire distinction entre cette forme d'invocabilité et l'effet direct se trouve dans la jurisprudence admettant une invocabilité horizontale de certaines directives « *procédurale* » : CJCE, 26 septembre 2000, Unilever Italia, [C-443/98](#) ; ou CJCE, 6 juin 2002, Sapod Audic, [C-159/00](#). Une directive établissant une procédure d'élimination préventive des entraves à la libre circulation liées à des normes et règles techniques peut être invoquée par une société dans un litige l'opposant à un autre opérateur lorsqu'est en cause l'application d'une règle technique nationale adoptée au mépris de la dite procédure. En effet, la Cour souligne que ce n'est pas là un effet direct horizontal de la directive puisque celle-ci ne définit en rien le contenu matériel de la règle de droit alors appliquée par le juge. Il y a un vice de procédure de la règle nationale rendant celle-ci inapplicable, même dans un litige entre particuliers. **On voit bien ici la différence entre une invocabilité de mise en application et une invocabilité de prise en considération, ici d'exclusion.**

Pour autant, la Cour, malgré des conclusions lumineuses de certains avocats généraux, n'a pas vraiment détaché explicitement cette dimension d'exclusion de l'effet direct.

Exemple

Dans un premier temps, la jurisprudence a pu être **troublante** (CJ, 24 janvier 2012, Maribel Dominguez, aff. C-282/10, ou CJ, 24 mai 2012, Amia SpA, aff. C-97/11), la Cour, dans ces arrêts, envisage l'invocabilité d'interprétation conforme, puis l'invocabilité d'exclusion, mais pour celle-ci, elle vérifie les conditions d'inconditionnalité et de précision de l'effet direct. Une explication peut être trouvée dans les conclusions de Mme Verica Trstenjak, dans l'affaire Maribel Dominguez : l'idée serait que quand on écarte le droit national, cela peut se traduire par l'application, alors, d'un autre acte de droit national, qui pourrait créer des obligations nouvelles pour les particuliers, ce qui, dans le cas d'une directive du moins, serait problématique puisqu'une directive ne peut créer directement des obligations pour les particuliers, invocables à leur encontre.

La Cour en est venue à une position plus claire mais surtout **très déstabilisante** avec l'arrêt du 24 juin 2019 Poplawski, rendu en Grande Chambre qui plus est, aff. [C-573/17](#). L'Avocat général avait pourtant été très net dans ses conclusions :

« Je considère également qu'admettre qu'une disposition d'une décision-cadre puisse être invoquée par ou devant une juridiction nationale en vue d'écarter l'application du droit national qui lui est contraire ne suppose pas qu'une telle disposition remplisse les conditions requises pour être susceptible de produire un effet direct, c'est-à-dire être suffisamment claire, précise et inconditionnelle.

113. La présente affaire illustre d'ailleurs bien le fait qu'une telle exigence porterait atteinte au caractère contraignant des décisions cadres, ainsi que le fait que, contrairement à ce que soutient la Commission, il existe bien une réelle différence entre l'effet direct et l'aptitude d'une décision-cadre à être invoquée en vue d'écarter l'application d'une disposition nationale qui lui est contraire. »

Ceci n'empêche pas la Cour de juger que : *« Une disposition du droit de l'Union qui est dépourvue d'effet direct ne peut être invoquée, en tant que telle, dans le cadre d'un litige relevant du droit de l'Union, afin d'écarter l'application d'une disposition de droit national qui y serait contraire »*. La Grande chambre a tenu à asséner des formules générales et solennelles : *« Le principe de primauté du droit de l'Union ne saurait... aboutir à remettre en cause la distinction essentielle entre les dispositions du droit de l'Union disposant d'un effet direct et celles qui en sont dépourvues, ni, partant, à instaurer un régime unique d'application de l'ensemble des dispositions du droit de l'Union par les juridictions nationales »*. *« Le principe de primauté du droit de l'Union doit être interprété en ce sens qu'il n'impose pas à une juridiction nationale de laisser inappliquée une disposition du droit national incompatible avec des dispositions d'une décision-cadre, telle que les décisions-cadres en cause au principal, ..., ces dispositions étant dépourvues d'effet direct »*.

Dont acte, mais c'est contraire à d'autres arrêts pourtant récents aussi de la Cour : exemple : l'arrêt du 4 octobre 2018 Dooel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistice N&N, Aff. C-384/17 était en cause l'invocabilité d'un article d'une directive et la Cour établit d'abord, sans ambiguïté, que cet article *« ne saurait être considéré, du point de vue de son contenu, comme étant inconditionnel et suffisamment précis, ce qui exclut son effet direct »*, ou que cet article *« n'a pas d'effet direct »*. La Cour se réfère alors à une « jurisprudence constante » sur l'obligation des juridictions nationales d'exploiter d'abord les ressources de l'interprétation, en essayant de trouver celle mettant le droit national en conformité avec le droit de l'Union. On sait que cette voie connaît des limites, et que si tel est le cas, le juge national doit passer à un « grade 2 » de sa mission de juge de droit commun du droit de l'Union *« en laissant, au besoin, inappliquée toute disposition dans la mesure où l'application de celle-ci, dans les circonstances de l'espèce, aboutirait à un résultat contraire au droit de l'Union »* ; et c'est ce que répond la Cour à la juridiction nationale en l'espèce : la disposition invoquée n'a pas effet direct, mais le juge doit tenter de l'interpréter en conformité avec le droit de l'Union, et si ce n'est pas possible, écarter l'application du droit national irrémédiablement contraire à ce droit de l'Union.

Cette jurisprudence, développée dans un domaine "non communautaire", l'ELSJ, et vis-à-vis d'anciens actes de l'ancien 3^{ème} pilier (les décisions-cadres) aurait pu rester circonscrit à ce cadre particulier. Il semble malheureusement que la Cour l'ait généralisé, ce qui revient à étendre la couverture de l'effet direct non seulement à l'invocabilité de substitution mais aussi à celle d'éviction, ce qui est très critiquable, puisqu'une exclusion du droit national, qui ne se double pas d'une application substitutive d'une norme matérielle de droit de l'Union n'a aucune raison d'exiger que soient réunies des conditions d'application matérielle d'une telle norme.

La Cour se retranche ici parfois derrière le fait qu'il y a une compensation de toute façon : l'invocabilité de réparation.

Elle semble aussi tenter de réduire la portée de cette jurisprudence en admettant plus souplesment l'effet direct. Ainsi, le refus d'effet direct dans l'Arrêt Doel de 2018, se transforme en une acceptation, pour les mêmes dispositions, dans l'arrêt de la cour de justice du 8 mars 2022, NE, aff. [C-205/20](#).

Dans le même esprit (de repentir ?), la Cour a aussi développé une jurisprudence (déjà vue) pour échapper aux critiques : « *une juridiction nationale n'est pas tenue, sur le seul fondement du droit de l'Union, de laisser inappliquée une disposition de son droit national contraire à une disposition du droit de l'Union si cette dernière disposition est dépourvue d'effet direct* (arrêt du 24 juin 2019, Popławski, [C#573/17](#), point 68), *sans préjudice toutefois de la possibilité, pour cette juridiction, ainsi que pour toute autorité administrative nationale compétente, d'écarter, sur le fondement du droit interne, toute disposition du droit national contraire à une disposition du droit de l'Union dépourvue d'un tel effet* » (CJUE, 18 janvier 2022, Thelen Technopark Berlin, aff. [C#261/20](#) ou CJUE, 10 juillet 2025, UPFR c/ DADA Music SRL, aff. [C-37/24](#)).

C'est contraire à toute la philosophie de la Cour de justice considérant que c'est le droit de l'Union et pas le droit national qui définit les conditions d'application du droit de l'Union dans les ordres nationaux. C'est une remise en cause à la fois de la primauté et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union.

On peut aussi évoquer les **accords externes** pour lesquels la distinction entre l'invocabilité et l'effet direct est fréquente :

On retrouve déjà le raisonnement développé à l'instant vis-à-vis des directives et faisant la différence entre le strict effet direct et une prise en considération judiciaire purement procédurale, appliqué à une clause conventionnelle qui « *opère non pas comme une règle de fond, en rendant inapplicable le droit matériel pertinent auquel elle se substituerait, mais comme une règle de nature quasi procédurale* » (CJCE, 20 sept. 2007, Tum et Dari, aff. [C-16/05](#), I. 7415).

Par ailleurs et plus largement, l'absence d'effet direct d'un accord communautaire ne signifie pas pour autant qu'il serait dépourvu de toute « invocabilité ».

Exemple

Après avoir décidé que le GATT ne produisait pas d'effet direct en raison de la trop grande souplesse de ses dispositions, ouvrant de multiples possibilités de dérogations, et à cause de l'incomplétude de son système de règlement des différends (CJCE, 12 déc. 1972, International Fruit Company, aff. [21/72](#), Rec. 1219), la Cour a admis, sans revenir aucunement sur l'analyse précédente, que cet accord pouvait valablement être invoqué devant elle au soutien d'un recours tendant à l'annulation d'un règlement communautaire, ou au soutien d'une exception d'illégalité dirigée contre un tel règlement, faisant ainsi la distinction entre la question de l'effet direct de substitution et celle de l'invocabilité de l'accord contre un acte normatif de valeur inférieure (CJCE, 22 juin 1989, Fediol, aff. 70/87, Rec. 1781 ; CJCE, 7 mai 1991, Nakajima, aff. [C-69/89](#), Rec. I. 2069). Mais dans un arrêt de synthèse (CJCE, 5 oct. 1994, Allemagne c/ Conseil, aff. [C-280/93](#), Rec. I. 5039 ; V. aussi CJCE, 12 nov. 1998, Italie c/ Conseil, aff. [C-352/96](#), Rec. I. 6937), elle a souligné que cette invocabilité était étroitement limitée au cas où le règlement attaqué avait été pris spécialement pour l'exécution des obligations résultant du GATT (jurisprudence Nakajima), ou lorsque l'acte communautaire renvoie expressément à des dispositions précises du GATT (jurisprudence Fediol). La Cour a confirmé, le 13 janvier 2015 (arrêts Vereniging et Stichting Natur, affaires [C-401 à 403/12 P](#) et [C-404 et 405/12 P](#)) que les exceptions Fediol/ Nakajima ne jouent que dans le cadre GAT/OMC et en raison des particularités de ce contexte. Elles ne sont donc pas transposables à d'autres accords internationaux liant l'Union.

On peut aussi, pour cette distinction entre un effet direct refusé et une invocabilité d'interprétation conforme acceptée, à propos du traité CETA entre l'Union et le Canada, voir l'arrêt du 12 février 2026, Lenaimon, aff. [C-634/24](#).

§ 2. L'invocabilité de réparation

On parvient ici au dernier degré de l'invocabilité, même s'il reste précieux. La Cour, dans certains arrêts, montre clairement d'ailleurs que sa démarche « *decrecendo* » consiste à d'abord rechercher :

- s'il y a effet direct, puis, en cas d'échec, vérifie si l'interprétation conforme ne permet pas de donner une solution, et enfin,
- si une telle interprétation n'est pas envisageable, en vient à l'obligation de réparation, palliatif en ce qu'elle ne permet pas, à la différence de l'effet direct, et des invocabilités d'interprétation conforme et d'exclusion, de mettre le cadre juridique interne en adéquation avec le droit communautaire.

Exemple

Cf. ainsi CJCE, 16 décembre 1993, Wagner Miret, aff. C-334/92, Rec., I - 6911.

Une question longtemps posée en doctrine était celle de savoir **si le droit communautaire imposait aux États membres l'obligation de réparer les dommages subis par des particuliers du fait d'une violation du droit communautaire.**

Exemple

La Cour a répondu le 19 novembre 1991 (Francovich et Bonifaci, aff. C-6 et C-9/90, Rec., I - 5357) de manière catégorique : « *le droit communautaire impose le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables* ».

3 points sont à préciser :

- le fondement,
- les conditions d'engagement et
- le régime de cette responsabilité.

A. Le fondement de la responsabilité des États membres

Avant cet arrêt, la doctrine s'interrogeant sur cette hypothétique responsabilité hésitait entre deux fondements : l'effet direct du droit communautaire non respecté ou l'autorité d'un arrêt de la Cour de justice constatant que l'État avait manqué à ses obligations communautaires. Évoquant l'obligation du juge national d'assurer la protection effective des droits conférés par le droit communautaire aux particuliers, en liaison avec l'obligation générale (de coopération loyale) de l'article 10 TCE (ex-article 5), la Cour ne se place pas pour autant sur le terrain de l'effet direct, vérifiant simplement que la disposition en question comporte attribution de droits au particulier, et prenant même soin de préciser que l'obligation de réparation est même particulièrement nécessaire quand le caractère de précision et d'inconditionnalité n'est pas suffisant pour qu'il y ait effet direct. Le « *découplage* » est complet, l'obligation de réparation existant donc qu'il y ait (CJCE, 05 mars 1996, Brasserie du Pêcheur, aff. n° C-46/93 et C - 48/93, Rec., I - 1029) ou qu'il n'y ait pas effet direct (arrêt Francovich, ou CJCE, 16 décembre 1993, Wagner Miret, aff. n° [C-334/ 92](#), Rec., I - 6911).

En revanche, l'arrêt Francovich évoquant un arrêt antérieur ayant constaté le manquement, on pouvait encore hésiter sur l'importance de ce facteur. L'arrêt Brasserie du Pêcheur dissipe tout doute : **le droit à réparation existe même sans autorité d'un arrêt de manquement.**

Si l'on peut finalement accepter de considérer (avec Denys Simon) que **le principe de primauté constitue le véritable fondement de ce droit à réparation, on peut aussi penser que le « système du traité » combine un principe d'autorité et un principe d'effectivité du droit communautaire, le droit à réparation étant un produit de ces deux principes majeurs.**

B. L'engagement de la responsabilité des États membres

Pour l'engagement de cette responsabilité, la Cour exige une « *violation suffisamment caractérisée* » du droit communautaire (cf. notamment CJCE, 08 octobre 1996, Dillenkoffer, aff. C-178, 179, 188 et 190/94, dont

l'appréciation relève, en principe, du juge national, mais que la Cour « *balise* » de plus en plus précisément (la Cour estime elle-même qu'il n'y a pas violation suffisamment caractérisée).

Exemple

Cf. par exemple CJCE, 17 octobre 1996, Denavit international BV, aff n° 283, 291 et 294/94.

Exemple

Voici un exemple du « balisage » communautaire :

« Afin de déterminer s'il existe une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire, susceptible d'engager la responsabilité d'un État membre pour des dommages causés aux particuliers, il y a lieu de tenir compte de tous les éléments qui caractérisent la situation soumise au juge national. Parmi ces éléments figurent, notamment, le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises par une institution communautaire ont pu contribuer à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire.

En tout état de cause, une violation du droit communautaire est manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré le prononcé d'un arrêt constatant le manquement reproché, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, desquels résulte le caractère infractieux du comportement en cause ».

Arrêt du 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Rec. p. I-11753) (cf. points 204, 213-215, 217).

Idem : arrêt du 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04) (cf. points 119-121).

C. Le régime de la responsabilité des Etats membres

Le régime de cette responsabilité, dans le même esprit, relève des systèmes nationaux, en vertu de l'autonomie procédurale, moyennant l'encadrement classique (cf. la jurisprudence relative aux actions en répétition de l'indu...) **au moyen des principes d'équivalence** (les modalités retenues ne doivent pas être moins favorables que celles des actions équivalentes mais purement nationales) et **d'effectivité** (ces modalités ne doivent pas rendre impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation) (cf. leçon précédente).

La Cour a cependant donné un certain nombre de précisions, notamment sur 4 points :

1) Le préjudice : il peut s'agir des dommages causés mais aussi du manque à gagner (ce que ne permettait pas la réglementation allemande dans l'affaire Brasserie du pêcheur)

2) Le lien de causalité : l'arrêt Francovich évoquait simplement l'existence d'un lien de causalité entre la violation et le dommage. L'arrêt Brasserie du pêcheur exige, quant à lui, un lien de causalité direct ce qui interdit l'indemnisation du préjudice « par ricochet ». On peut ici être un peu surpris, avec Denys Simon (AJDA 96, p 498) car ceci relève de l'autonomie procédurale et on ne voit pas trop ce qui justifie une telle incursion communautaire. Ce n'est certainement pas le principe d'effectivité, puisque cela réduit les chances d'obtenir réparation ! Cela étant, c'est une solution commune à la plupart des États membres.

3) La prise en considération du comportement de la victime :

Exemple

dans l'arrêt Brasserie du pêcheur, la Cour précise (et on peut faire la même remarque critique) que le juge national peut vérifier si la personne lésée a fait preuve d'une diligence raisonnable pour éviter le préjudice ou en limiter la portée (utiliser les voies de droit disponibles en temps utile...). La Cour a toutefois précisé qu'obliger le requérant à utiliser toutes les voies de droit disponibles ne doit pas conduire à des difficultés excessives ou déraisonnables : CJCE, 24 mars 2009, Danske Slagterier, aff. C-445/06. La Cour a cependant exclu que le comportement d'un tiers (ou la force majeure) puisse exonérer l'État de sa responsabilité pour défaut de transposition correcte d'une directive, l'obligation de l'État étant là complètement autonome par rapport au comportement d'un tiers : CJCE, 15/06/99, Rechsberger, C-140/97.

4) Le délai de prescription : L'arrêt du 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06 a permis à la Cour d'appliquer à la question des délais de forclusion les principes d'équivalence et d'effectivité, et elle considère qu'un délai de trois ans (identique au délai national) est en soi « *raisonnable* » mais que si sa prévision dans l'affaire en cause n'est pas prévue avec « *un degré de certitude raisonnable* », il y aurait violation de la sécurité juridique et que cela serait contraire au principe d'effectivité. La Cour dans la même affaire devait répondre à la question de savoir si le principe d'effectivité n'exigeait pas que le délai de prescription soit suspendu en cas de saisine de la CJCE par la Commission par un recours en manquement. La Cour se borne à considérer que cette non suspension, en elle-même, ne rend pas impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits que le requérant tire du droit communautaire.

Remarque

Deux remarques terminales :

I) Cette responsabilité pour violation du droit communautaire a été spectaculairement appliquée à la responsabilité découlant d'une décision de justice (d'une juridiction suprême qui plus est) :

Exemple

CJCE, 30/09/03, *Köbler*, aff. n° [C-224/01](#) : « *Il résulte de tout ce qui précède qu'il convient de répondre aux première et deuxième questions que le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées. Afin de déterminer si la violation est suffisamment caractérisée lorsque la violation en cause découle d'une telle décision, le juge national compétent doit, en tenant compte de la spécificité de la fonction juridictionnelle, rechercher si cette violation présente un caractère manifeste. C'est à l'ordre juridique de chaque État membre qu'il appartient de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges relatifs à ladite réparation* ».

La Cour a appuyé le trait ultérieurement dans un arrêt du 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo* ([C-173/03](#), Rec., p. I-5177 ; cf. points 33, 36, 40, 44, 46 et disp.)(arrêt renforcé par une constatation ultérieure de manquement : CJ, 24 novembre 2011, *Commission c/ Italie*, aff. [C-379/10](#)).

C'est une affaire intéressante pour apprécier si les conditions prévues par la législation italienne pour l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'activité juridictionnelle étaient correctes.

Ces conditions étaient doubles :

1. Pas de responsabilité dès lors que le juge procède à l'interprétation des règles de droit et à l'appréciation des faits et des preuves. Réponse de la Cour : c'est une exclusion générale car c'est là l'essence de la fonction juridictionnelle. Cela « *reviendrait à vider de sa substance même le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par des violations manifestes du droit communautaire découlant d'une décision d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort, dans la mesure où une telle exclusion ne garantirait pas aux particuliers une protection juridictionnelle effective des droits que leur confère le droit communautaire* ».
2. S'agissant de la responsabilité liée aux fonctions juridictionnelles, elle n'est possible que pour dol, faute grave ou déni de justice. Réponse de la Cour : tout dépend de ce que cela recouvre. Si c'est assimilable à la notion de « *violation manifeste du droit communautaire applicable* », c'est correct. Si cela va au-delà de cette condition posée par l'arrêt *Köbler*, non !

II) Nous y reviendrons, mais ... la Cour de justice (*Brasserie du pêcheur*) indique qu'il faut tenir compte des conditions d'engagement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté pour fixer le régime de la responsabilité des États. Mais la Cour (04/07/00, *Bergaderm et Goupil*, [C-352/98](#)) s'est référée à la jurisprudence sur la responsabilité des États pour violation du droit communautaire pour redéfinir le régime de la responsabilité extracontractuelle de l'Union. Il y a ici une curieuse circularité